

Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano

Anuario 2019



**Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2019**

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

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

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

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

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

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

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

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

© 2019 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B No. 18-12, piso 7
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editora responsable

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Magdalena Schaffler

Coordinación académica

Miguel Ángel Barboza López

Revisión de textos

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

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)
Fernando Xifré (revisión textos)

Diagramación

Marta Rojas

Cubierta

Martha Gómez

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S.

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

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

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

Contenido

<i>Presentación</i>	11
<i>Saludo del Prof. Dr. Norbert Lammert</i>	19

Notas y ponencias especiales de aniversario²¹

- Andreas Voßkuhle
Setenta años de la Ley Fundamental alemana: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la libertad de prensa y de opinión a través del tiempo23
- Christian Waldhoff
¿Qué se debe incluir en la Constitución? Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones constitucionales vinculantes.....43
- Udo Steiner
Estado social sin Constitución social.....49

I. Avances y desafíos del constitucionalismo en Latinoamérica

1.1. Constitución e identidad constitucional de los países latinoamericanos

- María Isabel Urquiza (Argentina)
El constitucionalismo en el último centenario de la Independencia argentina (1916-2016).....61
- Andrés Cervantes Valarezo (Ecuador)
Avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano: la garantía de rigidez y construcción de identidad constitucional.....85
- Paúl Córdova Vinuesa(Ecuador)
Nuevos derechos en viejas constituciones. La arquitectura institucional del presidencialismo fractura la historia del constitucionalismo en Ecuador 115

- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Cambios y desafíos de las reformas constitucionales de los últimos 25 años en la República Dominicana 135
- Omar Sar Suárez (Perú)
El control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018) 155
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático..... 183
- Francisco Franco Soto (República Dominicana)
El Tribunal Constitucional de la República Dominicana: siete años de una nueva justicia constitucional (2011-2018)..... 201
- Agustín Grijalva Jiménez (Ecuador)
José Luis Castro-Montero (Ecuador)
Reelección presidencial indefinida y reforma constitucional en América Latina: análisis comparado de los casos de Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia..... 223

I.2. Democracia, libertad de expresión y acceso a la información pública

- Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Democracia, participación y descentralización en la consolidación del Estado democrático y social de derecho..... 245
- Pablo Roberto Toledo (Argentina)
Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar 285
- Milton Ray Guevara (República Dominicana)
Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional dominicano en materia de libertad de prensa y de expresión. Estudio de casos. Lecciones aprendidas y experiencia comparada 307

I.3. Progresos y desafíos en materia de derechos sociales y en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su impacto en las personas mayores 321

- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Rosana Helena Maas (Brasil)
Desafios e perspectivas do direito fundamental social à saúde nos 30 anos da Constituição Federal brasileira: da programaticidade à judicialização 349
- Silvia Serrano Guzmán (Colombia)
El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 369
- María Elena Attard Bellido (Bolivia)
Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional un modelo polifónico de justicia constitucional? 409
- Juan C. Herrera (Colombia)
Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes 437
- Héctor Fernández Vázquez (Venezuela)
La protección judicial de los derechos colectivos y difusos en Venezuela 475
- André Luiz Pereira Spinieli (Brasil)
Letícia de Paula Souza (Brasil)
Pessoas com deficiência e o direito à cidade: pensando a acessibilidade urbana 501

I.4. La compleja relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno: del principio de subsidiaridad

- Andrea Desirée Rabanales de la Roca (Guatemala)
El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable. Mecanismo dialógico entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales 517
- Víctor Bazán (Argentina)
Modalidades y praxis de control constitucional de los tratados internacionales en algunos Estados latinoamericanos 537
- Felipe de la Mata Pizaña (México)
Alfonso Herrera García (México)
Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción en el sistema interamericano de derechos humanos 589

- Óscar Parra Vera (Colombia)
Mónica Trespalacios Leal (Colombia)
*Desafíos para el cumplimiento de la obligación de investigar,
juzgar y sancionar emitida por la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en casos colombianos* 609

I.5. Separación de poderes, independencia judicial y activismo jurídico

- Diana Fajardo Rivera (Colombia)
*¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?
Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto
en el sistema constitucional colombiano* 647
- Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia)
Alfio M. Russo (Suiza)
*Elección popular de jueces en Bolivia: aportes
del derecho constitucional comparado al debate* 657

I.6. Derecho penal y constitución

- Héctor Alberto Pérez Rivera (México)
*La muerte del derecho penal: la constitucionalización
del derecho victimal como elemento central de la reforma
del sistema de justicia mexicano del año 2008* 683
- Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski (Brasil)
Bruna de França Hungaro (Brasil)
*Prisão com condenação em segunda instância: afeta
a presunção de inocência exposta na constituição brasileira?* 699

II. Interacciones entre el derecho constitucional alemán y latinoamericano

- Juan Carlos Esguerra Portocarrero (Colombia)
La dignidad humana en la Constitución 721
- Carlos Bernal (Colombia)
Nicolás Esguerra Miranda (Colombia)
*La influencia de E.-W. Böckenförde en la jurisprudencia
de la Corte Constitucional de Colombia* 733
- Danny José Cevallos C. (Ecuador)
*El Estado constitucional de derecho en América Latina
y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde
la teoría del derecho* 755

- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)
*Influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949
sobre la Constitución ecuatoriana de 2008*..... 781
- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)
*La interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal
Constitucional. ¿Modelo o advertencia para América Latina?*..... 795
- Carlos María Pelayo Möller (México)
*Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán
de la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina:
la idea de renovación constitucional, la dignidad humana
y los efectos horizontales de los derechos* 811
- Jesús María Casal (Venezuela)
*Los escenarios de fundación constitucional y la génesis
de la Ley Fundamental de 1949*..... 829
- *Instrucciones para la presentación de artículos* 851

Presentación

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer cumple 25 años.

Con orgullo, emoción e inmenso agradecimiento con aquellos que han contribuido al éxito de esta obra en las últimas décadas, pero también con un toque de preocupación sobre el estatus actual del Estado constitucional de derecho y las democracias liberales en nuestras queridas Américas, nos complace enormemente y nos parece más oportuno que nunca presentarles esta edición especial de aniversario de una obra que ha hecho las veces de radar constitucional para la región. Esta versión se compone de 36 artículos que reúnen la visión de más de 13 países en todo el continente, Alemania y Suiza.

Veinticinco años pueden ser mucho tiempo. Un cuarto de siglo, que puede significar un tercio de una vida humana o –con suerte– incluso un cuarto. Y si no es mucho tiempo, al menos sí un lapso suficiente para ser testigo de grandes cambios. Hace 25 años, Colombia –país al que desde hace ocho años llamamos “nuestra casa” en el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica– estaba en pleno conflicto armado, una guerra que dejó herido a un país por décadas; recién se había dado una nueva constitución progresista que les permitió a los colombianos soñar con un mejor futuro, un porvenir pacífico y más igualitario; una constitución con la que empezó la historia de la Corte Constitucional colombiana. Un tribunal que, no por casualidad, en septiembre de este año fue nuestro excelente coanfitrión del vigesimoquinto aniversario del Encuentro de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina, que tuvo lugar en Cartagena de Indias. Una Corte Constitucional que hoy es referenciada como una de las más exitosas y destacables del mundo y de cuya historia de vanguardia este *Anuario* ha sido testigo a lo largo de los años.

También hace 25 años, varios países de la región, como Argentina, Chile, Brasil o Perú, estaban superando la época que su historia narraría como una de las más crudas, con dictaduras y otras formas de gobierno donde el valor del ser humano no fue el protagonista. Otros, como Ecuador y Bolivia –igual que Colombia–, vieron nacer nuevas constituciones para superar, ojalá para siempre, los trazos colonialistas y, en muchos casos, para cimentar en sus cartas magnas el carácter plurinacional y pluriétnico de sus respectivos países.

En Alemania, país de origen de nuestra Fundación, hace 25 años recién demolíamos un muro que durante décadas había separado a los alemanes de sus seres queridos al otro lado, y todo en nombre de una ideología autoritaria de exclusión que lamentablemente no es ajena a Latinoamérica. Cuando cesó el éxtasis de alegría desbordante de los primeros días posmuro, los alemanes tuvimos que entender que el camino hacia la verdadera reconstrucción de un país unido todavía estaba por ocurrir. En todos estos años, nuestro Tribunal Constitucional, nuestro guardián de la Ley Fundamental, ahora constitución de todos los alemanes, ha apoyado, y aún más, ha conducido al país por el complicado proceso de reunificación y, a la vez, le ha dado soporte y confianza.

También hace 25 años, el primer representante del entonces recién nacido Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer –que cumplirá 30 años en 2020– decidió lanzar la primera edición de este *Anuario*, una obra que se ha convertido en la joya de la corona, al ser la publicación más prestigiosa, de mayor demanda y recordación de nuestro Programa. Un hecho que nos motiva cada año a realizar mejor nuestro trabajo y a reiterar nuestro compromiso, sobre todo, con los numerosos autores de esta obra, entre ellos los más distinguidos y renombrados expertos y operadores del derecho constitucional en la región y más allá de ella. Con su confianza y respaldo hemos logrado posicionar al *Anuario* como uno de los referentes y una de las voces más potentes y atendidas del derecho constitucional latinoamericano.

Esta publicación se ha consolidado hasta su vigésimoquinta edición como una plataforma especializada de debate y diálogo sobre materias que resultan fundamentales para las estructuras y los contenidos de nuestros Estados constitucionales. Como proyecto editorial de mediana duración, hemos visto con complacencia su evolución y la estrecha cercanía que abogados, litigantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región tienen con una obra que los ha recibido y les ha enseñado. Nuestro compromiso con esta publicación reconoce el interés que el *Anuario* despierta en la comunidad jurídica y académica; de ahí que año tras año nos proponemos, por una parte, fortalecer los núcleos de los artículos y, por la otra, promover nuevas y necesarias agendas de discusión, sin sacrificar una perspectiva geográfica del continente para garantizar, en lo posible, una visión integral y hemisférica.

* * *

Para esta edición especial, el *Anuario* propuso dos temas particulares que fueron dados a conocer mediante una convocatoria. Uno de ellos motivó a los autores a reflexionar, desde las bases del proyecto del Estado de derecho, sobre los avances y desafíos del constitucionalismo latinoamericano y sobre los procesos de transiciones sociales y transformaciones políticas relevantes para la coyuntura latinoamericana en los últimos 25 años, de tal forma que se lograra hacer un inventario y un balance del estado pasado y del actual del derecho constitucional en la región.

En una primera parte sobre este tema reunimos artículos que giran alrededor de las constituciones y la identidad constitucional de los países latinoamericanos. La historia de Venezuela y Colombia es solo un ejemplo de cómo 25 años son suficientes para darle un giro al mundo constitucional, especialmente en Latinoamérica, una región en donde las dinámicas de cambio se mueven a gran velocidad; una tierra donde la alegría extrema y el desasosiego ocurren el mismo día. Suena a veces como una ironía de la historia que en la época en que nació la idea del *Anuario*, la sede de nuestro Programa fuera Caracas, cuando Venezuela era uno de los países más desarrollados y prósperos de la región –como se proyectaba en ese momento–, con un Estado de derecho constitucional consolidado y ejemplar en Latinoamérica. Hoy, lamentamos los acontecimientos y la incertidumbre constitucional que vive este país, objeto también de varias reflexiones en esta edición de aniversario.

Si bien esta magia del cambio a veces nos llena de grandes ilusiones, por otro lado, nos recuerda que nuestras sociedades anhelan tranquilidad, paz, seguridad y estabilidad; desean planificar a largo plazo y no solo más allá de un día. Los ciudadanos están cada vez más ansiosos por un Estado de derecho con democracias estables y duraderas en la región y, por supuesto, por una protección efectiva de sus derechos en donde no se sientan amenazados por expresar libremente sus opiniones. Por ende, el segundo capítulo de la primera parte permite varias reflexiones sobre la democracia, la libertad de expresión y el acceso a la información pública; esta última es esencial para que los ciudadanos puedan controlar de manera efectiva y eficiente el actuar del poder político.

Pero la mencionada estabilidad no es fortuita. Se necesitan constructores de un fundamento sólido y, aún más importante, creíble para los ciudadanos; una confianza nacida desde el centro de nuestra sociedad hacia la institucionalidad estatal. Y justamente acá está anclada –en nuestra opinión– la fortaleza del derecho constitucional y la posición de los autores de esta obra. Más ajeno y alejado de las fluctuaciones e inclinaciones de la política cotidiana, el derecho constitucional debe ser una especie de alta instancia moral, un bastión que nos dé la herramienta para hacer valer los principios más dignos e inalienables de nuestras constituciones, independientemente de si el justiciable es blanco o negro, hombre o mujer, rico o pobre, con influencia política o no. También debe ser una instancia que permita la protección de los grupos más vulnerables de nuestras sociedades y la efectiva integración de los derechos sociales en un continente que todavía se caracteriza por su extrema desigualdad, tema que tratamos en el capítulo tres de este primer bloque. A diferencia de los políticos que toman sus decisiones siguiendo intereses particulares, *lobbies* y tendencias mayoritarias que pueden mutar de un día para otro, y a pesar de las numerosas tentaciones y amenazas contra la independencia judicial en el continente, el juez debería tener una sola base para su decisión, una base mucho más estable y sólida: el derecho y, en última instancia, nuestras cartas magnas. Esto nos motivó a prever un cuarto capítulo sobre separación de poderes, independencia y activismo judicial.

Es evidente que las democracias estables necesitan a alguien que defienda sus valores inalienables, como el pez necesita del agua; a alguien que no venda estos valores y no se deje seducir por tentaciones basadas en el dinero o el poder, y que, al mismo tiempo, no confunda el bienestar común y la justicia con intereses particulares. No es casualidad que la justicia lleve los ojos cubiertos por una venda. Si viven estos principios, las cortes constitucionales de Latinoamérica serán para nosotros la incorporación de un Estado de derecho estable, igualitario y duradero. Los ciudadanos las necesitan para poder creer y confiar en, al menos, una institución constante en medio de tanta inseguridad, una última instancia que haga valer sus derechos imprescriptibles y atemporales, para que puedan no solo soñar, sino también esperar un mejor mañana.

Para cerrar y completar esta primera sección encontramos otros dos capítulos: uno sobre la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, que, en un mundo globalizado y con un sistema de protección de derechos multinivel, es cada día más complejo, y otro, el último, sobre la relación entre el derecho penal y las constituciones latinoamericanas, un tema igual de complejo.

* * *

Siguiendo la esencia y razón de ser de nuestro Programa, el otro eje temático invitó a reflexionar en este año especial por el septuagésimo aniversario de la Constitución alemana –la llamada *Grundgesetz* (Ley Fundamental)–, a conmemorarla y a analizar su influencia, resonancia e impacto en el derecho constitucional latinoamericano. Quisimos ver las interacciones entre el derecho constitucional alemán y el latinoamericano, por lo cual le dedicamos siete artículos de renombrados autores de cinco países de la región, y tres notas y ponencias especiales de aniversario al inicio de la obra, escritos por destacados constitucionalistas alemanes.

Nacida de las ruinas morales del nazismo y de la Segunda Guerra Mundial, en principio fue elaborada como una solución temporal. Hasta la actualidad, la Constitución goza de la confianza de los alemanes. En los 70 años transcurridos desde su aprobación, la Ley Fundamental ha demostrado su valía, en tanto desde su adopción mostró su flexibilidad para adaptarse a las modalidades sociales cambiantes en Alemania. Ello representa tal vez el secreto de su larga existencia; por un lado, se trata de una Constitución pertinente que ha establecido directrices y límites eficaces para el proceso político, y, por el otro, no ha establecido barreras insuperables a la innegable necesidad de cambio. Por lo tanto, no ha habido ninguna crisis constitucional grave en los 70 años transcurridos desde la aprobación de la Ley Fundamental.

La Constitución alemana ha tenido una considerable resonancia en todo el mundo, especialmente en Latinoamérica, tal vez por su carácter sólido, sobrio y pragmático, como muy bien lo describe Christian Waldhoff en su artículo “¿Qué se debe incluir en la Constitución? Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones constitucionales vinculantes” –incluido en la sección especial al inicio de esta obra–, pero, sobre todo, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Federal de Alemania, que asumió su trabajo en 1951. La teoría constitucional alemana goza de gran renombre en la región, y esto sin que la Constitución alemana prevea un solo derecho económico, social y cultural, hecho que todavía sorprende a muchos latinoamericanos. La mera frase prevista en la carta que prescribe que Alemania es “un Estado social de derecho” permitió la creación del Estado social alemán, cimentado al nivel de la ley ordinaria y por la administración; sin duda alguna, uno de los más garantistas en el mundo, tal como bien nos lo explica Udo Steiner en su artículo “Estado social sin Constitución social”.

Como lo puntualiza el actual presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán Andreas Voßkuhle en un artículo también publicado en esta obra, la sentencia en el caso Lüth de 1951, quizá la más importante que han fallado los jueces en Karlsruhe en materia de libertad de expresión, ha tenido muchas repercusiones en el mundo, y en tiempos de amenazas a nuestras democracias liberales es más actual que nunca. Este fallo, básicamente, declaró que la libertad de prensa y la libertad de opinión son elementos constitutivos para una sociedad, que los derechos fundamentales no solo forman el cuerpo jurídico de la Constitución, sino también que constituyen un orden de valores objetivos en una sociedad democrática y, así, igualmente, tienen un efecto irradiador en el ámbito privado de las personas que interactúan en ella.

* * *

Ahora bien, después de esta edición especial de celebración de la obra, nos complace anunciar que la vigesimosexta versión del *Anuario* versará particularmente sobre dos temas de especial interés en el derecho constitucional latinoamericano que, como siempre, esperamos que motiven a varios autores de la región a compartirnos sus textos al respecto.

En primer lugar, nos gustaría invitarlos a reflexionar sobre el concepto, los orígenes y límites del activismo judicial y sus interferencias con la institucionalidad estatal y el principio de legalidad en el contexto del derecho constitucional, así como sobre las tensiones entre estos conceptos en la doctrina, tanto latinoamericana como internacional, y en la práctica jurídica contemporánea. En este contexto también cabe analizar si, y en qué sentido, medidas hermenéuticas reconocidas limitan el activismo jurídico y el rol del juez constitucional e interamericano entre la mera aplicación, la interpretación y hasta la creación de derechos.

En países con baja eficiencia de los procesos políticos, debida en parte a la dificultad para aprobar normas sustantivas acordes con los nuevos desarrollos de los mandatos constitucionales, o para ejecutar las políticas públicas encaminadas en esa dirección, han sido los jueces de los tribunales, las cortes y salas constitucionales (muchas veces recién creados) quienes, a través de su jurisprudencia, han amparado ampliamente numerosos derechos incorporados en las nuevas cartas de derechos y garantías que se han adoptado en la región en las últimas décadas.

Ese papel no ha estado exento de críticas. Quienes hablan del “gobierno de los jueces” y del “activismo judicial” cuestionan que aquellos hayan dejado de lado el

formalismo y el legalismo, y que muchas veces vayan en contravía de las decisiones de las autoridades políticas que cuentan con un respaldo mayoritario de tipo electoral que sería, en suma, “más democrático”. La constitucionalización de muchos derechos ha acarreado consecuencias financieras y morales considerables, sobre todo, en decisiones relativas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Para algunos se trataría, en fin, de una intromisión indebida en las facultades y competencias de las otras ramas del poder público. Para otros, el activismo es una consecuencia necesaria, casi natural, del letargo del legislador latinoamericano, principalmente de la administración pública, que en muchos casos les incumple a los ciudadanos; pero cabe preguntarse: ¿el fin siempre justifica los medios?

¿Cuándo excede el juez el umbral de sus funciones para convertirse en actor político indebido? ¿Existen mecanismos idóneos que puedan surgir desde los tribunales nacionales y regionales para superar esa supuesta invasión de esferas ajenas? ¿Cuáles mecanismos podrían venir desde otras áreas del sistema político? ¿Hay una extralimitación de sus funciones cuando el juez constitucional hace una interpretación “dinámica” o “finalista” de la Constitución? ¿Cómo mediar y encontrar salidas institucionales ante los riesgos que representan una justicia politizada y una política judicializada, en favor de una efectiva complementariedad, concurrencia y cooperación entre los poderes públicos? ¿Cómo afecta el activismo judicial en favor de las otras ramas del poder al correcto funcionamiento de un Estado de derecho? Estas son solo algunas preguntas sobre las que nos gustaría recibir valiosas contribuciones.

* * *

La segunda línea temática para la recepción de artículos girará al rededor de uno de los más grandes desafíos para el derecho constitucional en los próximos años: la adaptación de la doctrina “clásica” de nuestros derechos fundamentales liberales, sobre todo la libertad de expresión y de prensa y el derecho a la privacidad, a los nuevos requisitos que hace necesaria la digitalización.

En una era en la que las campañas electorales se hacen por Facebook, los políticos comunican sus decisiones por Twitter y donde Instagram se convierte en una de nuestras principales fuentes de información, es tiempo de proteger mejor a nuestros ciudadanos contra las noticias falsas y los discursos públicos de odio descontrolado; pero esto sin restringir de manera desproporcionada la libertad de expresión y sosteniendo siempre la importancia imprescindible de una prensa plural en una democracia liberal. Una tarea difícil para el juez constitucional es encontrar el balance correcto; sin duda, un oficio de equilibristas.

De un lado, el desarrollo de tecnologías actuales y redes sociales, que ofrecen innumerables posibilidades de transmitir, recibir, pero también de falsificar información, requiere, por parte de los constitucionalistas, una lectura revisada del marco de protección de los derechos humanos liberales, sus límites y sus posibles colisiones con derechos de igual importancia. En una sociedad tolerante y reflexiva es necesario que el juez constitucional conozca estas nuevas tecnologías para poder

evaluar críticamente sus usos potenciales con el objetivo de desarrollar sentencias que den cuenta de sus beneficios y de sus abusos.

Por otro lado, ante el escenario del *cybercrime*, de flujos ilícitos de dinero, de delitos de corrupción y del terrorismo internacional, no solo los agentes estatales y servicios de inteligencia, sino también grandes empresas financieras se ven ante la necesidad de usar nuevas tecnologías que permiten la acumulación y el tratamiento masivo de datos e información personal para, entre otras finalidades, garantizar la seguridad nacional o empresarial. Además, la recopilación y gestión de datos personales no se restringe a la persecución del delito, sino que, virtualmente, hace parte obligatoria de toda forma de suministro de bienes y prestación de servicios en la sociedad contemporánea.

Es necesario un debate franco sobre la protección efectiva de datos de nuestros ciudadanos, un debate que en Alemania empezó hace varios años y que seguramente llegará a Latinoamérica con toda fuerza en los próximos tiempos. La tecnología ha permitido una acumulación y un tratamiento de datos que en muchos países se ha salido de control, y esto ha pasado desapercibido hasta ahora en algunos de los países de la región latinoamericana. Si bien esa misma tecnología permitiría una protección de datos más estricta, muchos Estados priorizan el derecho a la información y a la seguridad sobre otras libertades y derechos fundamentales.

¿Cómo proteger la dignidad humana que nos hace fines en sí mismos, tanto cuando ejercemos nuestra libertad de expresión como cuando deseamos mantener una esfera de privacidad y el respeto por nuestra imagen? ¿Cómo definir la responsabilidad de los intermediarios con el fin de evitar la propagación de la discriminación y el prejuicio en redes sociales? ¿Qué papel juegan actualmente los tribunales de la región frente a la acumulación, el tratamiento y la transmisión de información y datos personales por parte de agentes estatales, de grandes empresas y de servicios de inteligencia nacionales e internacionales? ¿Qué retos impone a los tribunales la posibilidad de almacenar y tratar datos e información personal de forma masiva, por agencias estatales o privadas, nacionales e internacionales, cuando los ciudadanos no saben o no pueden decidir, ni influir efectivamente sobre la veracidad de esa información y sobre el uso que se le da? ¿Y en qué casos y por qué razones debería primar el derecho a la información, también principio general de toda sociedad democrática, sobre el derecho a la protección de datos? Todas son preguntas importantes que requieren nuestra atención en los próximos años.

Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer estamos entusiasmados con este debate.

* * *

Para terminar, una vez más nos gustaría expresar nuestro más profundo agradecimiento con quienes han contribuido al crecimiento constante de esta planta, aún joven, que en 25 años ha germinado y establecido un firme arraigo en todo el continente latinoamericano, y con aquellos que han soñado, creído y confiado en este

proyecto tanto como nosotros: en primer lugar, a los autores provenientes de todos los países del continente y al Comité Editorial, que con sus comentarios y revisiones críticos ha enriquecido cada uno de los artículos; a mis predecesores en la dirección del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación y a sus respectivos equipos, así como al actual equipo de este Programa.

Espero sinceramente que aprovechen la lectura de esta obra de aniversario y que podamos contar con sus valiosas contribuciones también en el futuro, para que el capítulo que leamos en los próximos 25 años sea uno en donde las páginas nos hablen de una Latinoamérica cada día más pacífica y justa.

Marie-Christine Fuchs

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

Saludo del Prof. Dr. Norbert Lammert, presidente de la Fundación Konrad Adenauer, Ex -Presidente del Bundestag, para la edición aniversarial de 25 años del Anuario de Derecho Constitutional Latinoamericano, noviembre de 2019

El XXV Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina se enmarca en una de las actividades más tradicionales y de mayor trayectoria del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y constituye uno de los acontecimientos más destacados y tradicionales de la Fundación Konrad Adenauer en el mundo. En América Latina se ha manifestado, desde siempre, un gran interés por las experiencias jurídicas alemanas en las áreas del derecho constitucional, incluyendo los derechos fundamentales y la filosofía del derecho.

En la era de la globalización no es momento para reducir la cooperación ni el trabajo en conjunto, es hora de intensificarlos: no por la vía de acuerdos bilaterales ni “tratos”, sino sobre la base de mecanismos y regulaciones multilaterales confiables que nos permitan encarar los desafíos globales que nos afectan a todos de igual manera. Para esto, resultan indispensables el intercambio y el diálogo continuo entre los gobiernos y parlamentos, a los que la justicia no puede permanecer ajena; y no solo desde la perspectiva del, si no también debajo el aspecto de un encuentro e intercambio constantes y con confianza entre jueces de países, áreas e instancias diferentes; un encuentro de trabajo jurídico que les dé a los jueces la oportunidad de debatir, junto a expertos constitucionales reconocidos a nivel nacional e internacional, sobre tendencias de la actualidad y cuestiones jurídico-políticas y legales, y que, además, contribuya al establecimiento de redes profesionales, institucionales y personales capaces de prestar apoyo a la labor diaria de los magistrados.

El XXV Encuentro Anual se ha ocupado específicamente de la importancia de la libertad de prensa para los sistemas democráticos liberales. No cabe duda de la pertinencia del tema. Ya a comienzos de los años cincuenta, Konrad Adenauer expresó: “La defensa de la libertad de prensa, donde esta existe, y la exigencia de su garantía, donde se encuentre reprimida, constituye una tarea que no puede ser asumida ni concluida con éxito por la prensa en solitario. Compete también a los

parlamentos y gobiernos de los países libres”. Estos conceptos no han perdido su vigencia. Solo cabe agregar que la protección de la libertad de prensa no involucra exclusivamente a los parlamentos y gobiernos; esta importante tarea incumbe también –muy especialmente– a los tribunales constitucionales.

Al encararla, los órganos constitucionales deben tomar en cuenta los cambios del sistema mediático. De la mano de la digitalización y el surgimiento de las llamadas redes sociales que la acompañan se observa una profunda transformación de las estructuras de información y comunicación en nuestras sociedades. No podemos dejar de ocuparnos detenidamente de esta evolución, porque conlleva un cambio sostenido de nuestro comportamiento comunicacional, tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo. Más allá de las indudables ventajas de esas transformaciones para el acceso individual a la información y su transmisión, estas vienen acompañadas de riesgos, de los que debemos ocuparnos. Estos incluyen la corriente cada vez más fuerte de informaciones evidentemente falsas y la tendencia creciente hacia las exageraciones manifiestas, las difamaciones y los insultos; todos ellos constituyen amenazas a los derechos fundamentales del individuo, pero también al funcionamiento de la institucionalidad constitucional democrática. Y ya se ha convertido en un hecho empíricamente comprobado que los medios sociales permiten incidir en las campañas electorales y sus resultados, una realidad a la que debemos prestar atención.

Esto constituye un tema importante para los futuros diálogos sobre el Estado de derecho que seguirán contando con la participación de la Fundación Konrad Adenauer en los próximos años.

Prof. Dr. Norbert Lammert

Expresidente del Bundestag alemán

Presidente de la Fundación Konrad Adenauer

Notas y ponencias especiales de aniversario

- Andreas Voßkuhle
Setenta años de la Ley Fundamental alemana:
la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal
sobre la libertad de prensa y de opinión a través del tiempo
- Christian Waldhoff
¿Qué se debe incluir en la Constitución?
Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones
constitucionales vinculantes
- Udo Steiner
Estado social sin Constitución social

Andreas Voßkuhle*

Setenta años de la Ley Fundamental alemana: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la libertad de prensa y de opinión a través del tiempo**

La libertad de opinión y la libertad de prensa se encuentran amenazadas en todo el mundo. El caso del periodista Jamal Khashoggi, asesinado a comienzos de octubre de 2018 en el consulado de Arabia Saudita en la ciudad turca de Estambul, causó gran asombro y horror. Pero la libertad de comunicación tampoco goza de buena salud en otras regiones del mundo. De acuerdo con la Clasificación Mundial 2019 de la ONG internacional Reporteros Sin Fronteras, en ninguna otra región del mundo se ha observado un deterioro tan marcado como en las Américas.¹ También la Unesco constata problemas, sobre todo con respecto al ejercicio de la libertad de prensa en América Latina. Si bien el actual resumen regional del organismo constata una tendencia creciente a crear condiciones legales marco que propicien la protección de la libertad de prensa y de opinión, también da cuenta de las dificultades existentes en la implementación y aplicación de dichos derechos. Los controles, la censura y las presiones, e incluso la violencia contra periodistas, ya no son la excepción.² El problema que algunos países de América del Sur están enfrentando en la actualidad es la discrepancia entre la normativa legal y su efectividad jurídica. El profesor de

* Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

** Conferencia pronunciada el 19 de septiembre de 2019 en Cartagena de Indias, Colombia, con ocasión del XXV Encuentro Anual de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales de América Latina y XIV Encuentro de la Jurisdicción Constitucional de Colombia.

¹ *Reporter Ohne Grenzen*, “Rangliste der Pressefreiheit Weltweite Entwicklungen im Überblick”, 18 de abril de 2019.

² United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *World Trends in Freedom of Expression and Media Development, Latin America and the Caribbean 2017/2018*, 2018, p. 6.

Harvard Roscoe Pound describió el problema ya hace más de cien años, cuando hablaba de la divergencia entre “*law in the books*” y “*law in action*”.³

Si bien Alemania nunca ha dejado de ocupar uno de los primeros puestos en los estudios internacionales sobre libertad de prensa, también en ese país los medios se ven expuestos a hostilidades crecientes. Los ataques a los representantes de la prensa han alcanzado una nueva dimensión a partir del crecimiento del populismo de derecha. Durante el auge del movimiento Pegida (Patriotas europeos contra la islamización de Occidente) en el año 2015, las manifestaciones de la derecha populista estuvieron marcadas por un clima de abierta hostilidad hacia los medios. Sus representantes sufrieron ataques verbales y fueron objeto de difamaciones como “prensa mentirosa”; se produjeron actos de violencia, y fueron dañados, premeditadamente, teléfonos móviles y cámaras.⁴ A finales del verano boreal de 2018, la ciudad de Chemnitz fue escenario de violentas manifestaciones derechistas, después de que un joven murió como consecuencia de las puñaladas presuntamente infligidas por un solicitante de asilo, durante un festival organizado por la municipalidad. Los periodistas corrían peligro mientras informaban sobre las manifestaciones de grupos de derecha que habían sido autorizadas y los incidentes que las acompañaron. Algunos redactores afirmaron más tarde que “nunca antes se presenció tanto odio contra los medios”.⁵

Las agresiones y el rechazo, lejos de dirigirse exclusivamente contra los medios y la prensa, también se manifiestan en contra de las opiniones individuales, tanto de particulares como de políticos. De esta forma, las manifestaciones de opinión se pueden convertir en una fuente de peligro para la integridad personal. En algunos casos los disidentes y adversarios políticos son declarados enemigos y convertidos en blancos de odio. En junio de 2019, un político alemán fue asesinado frente a su casa; había defendido la política gubernamental hacia los refugiados y la cultura alemana de puertas abiertas. Luego de la detención del presunto asesino, los medios describieron a menudo un escenario de temor: ¿qué ocurrirá si las palabras se convierten en hechos?

Dos desafíos importantes complementan la situación que se acaba de exponer. La primera es de carácter técnico. Hace un tiempo observamos una profunda transformación del mundo digital. Los canales de comunicación tradicionales, los medios clásicos predominantes pierden su lugar, mientras se establecen nuevas formas de comunicación e interacción. En los medios sociales surgen nuevos foros y crece la incidencia de portales y buscadores de gran relevancia como Facebook y Google

³ Roscoe Pound, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, núm. 44, 1910, pp. 12 y ss.

⁴ Cfr. p. ej., “Legida-Demonstration mündet in Gewalt” [Manifestación de Legida se vuelve violenta], *Süddeutsche Zeitung*, 21 de enero de 2015.

⁵ “Noch nie so viel Hass auf Medien erlebt” [Nunca antes se presenció tanto odio contra los medios], *Tagesschau.de*, 2 de septiembre de 2018.

para orientar la percepción de la información como condición previa de la formación de opinión.⁶ Después de todo, la difusión de opiniones, así como de noticias falsas (*fake news*), casi no conoce límites de espacio ni de personas.

El segundo desafío está relacionado con el ser humano y, más específicamente, con el relacionamiento entre las personas. De un tiempo para acá enfrentamos un “cambio de clima en la comunicación”: se endurecen las posiciones que se asumen en el debate político y también la forma en que se presentan. Los partidos populistas recurren a provocaciones deliberadas y teorías conspirativas para desafiar la democracia. Se ha instalado una fuerte irritabilidad en la cultura del debate que exige respuestas adecuadas. Esto vale muy especialmente para la cultura del debate en internet, cuyo anonimato a menudo conlleva manifestaciones muy ofensivas y discriminatorias, un fenómeno que conocemos por el término *hate speech* o discurso de odio.

¿Cómo se posiciona la jurisdicción constitucional alemana ante la digitalización de la comunicación? Quien busca respuestas a este interrogante debe entender, en primer lugar, la importancia de las libertades de comunicación –sobre todo la libertad de opinión, pero también la libertad de prensa– y los posibles límites de la protección garantizada. En determinadas decisiones, que hoy se consideran históricas, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG en alemán y TCF en español) estableció estándares relativos al ámbito de protección, la intervención y su justificación. A continuación se hará referencia a algunas sentencias y se explicarán sus principales enunciados. Seguidamente, se planteará el interrogante de si la Ley Fundamental (constitución alemana) y la jurisprudencia del TCF están preparadas para enfrentar los desafíos digitales del futuro.

1. Fundamentos de la jurisprudencia sobre la libertad de opinión y la libertad de prensa

1.1. Precomprensión

1.1.1. Lüth: La libertad de opinión como fuerza impulsora de la democracia

Quien expone sobre los inicios de la jurisprudencia del TCF en materia de libertad de opinión no puede pasar por alto una decisión que a menudo ha sido calificada como un –o tal vez, ‘el’– “faro de la historia del derecho de Alemania federal”.⁷ Consta

⁶ Cfr. Boris P. Paal y Moritz Hennemann, “Meinungsbildung im digitalen Zeitalter“ [La formación de opinión en la era digital], *Juristen-Zeitung*, 2017, pp. 641 y 643.

⁷ Recientemente, Uwe Volkmann, “Meinungsfreiheit für alles?“ [¿Libertad de opinión para todo?], *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 de marzo de 2019; cfr. también Max Steinbeis, “Wer ist Lüth? Und wer ist Harlan?“ [¿Quién es Lüth? ¿Y quién es Harlan?], en Hans Heinig y

en todos los manuales de derecho constitucional de Alemania y no puede faltar en las clases universitarias sobre derechos fundamentales: la sentencia Lüth del año 1958⁸ que, dicho sea de paso, ha encontrado un lugar en la exposición permanente sobre los primeros años del TCF en la sede del Tribunal. Seguramente, muchos estamos familiarizados con los antecedentes de esta sentencia que ha sentado un precedente; no obstante, quisiera recordarlos brevemente.

En la joven República Federal de Alemania de 1950, el presidente del Club de Prensa de Hamburgo, Erich Lüth, pronunció un discurso y publicó una carta abierta llamando a boicotear la película *La amada inmortal*, del director Veit Harlan. En los años del nacionalsocialismo Harlan había rodado la película de propaganda antisemita *El judío Süß*. La productora y distribuidora de *La amada inmortal* respondieron al llamamiento de boicot interponiendo una acción de cesación en contra del señor Lüth. El Tribunal Regional de Hamburgo concedió a los demandantes la razón y fundamentó su decisión en que el llamamiento a boicotear la película constituía un daño doloso contrario a la moral y a las buenas costumbres, de conformidad con el párrafo 826 del Código Civil alemán (BGB). El señor Lüth interpuso un recurso de amparo constitucional contra la decisión, alegando que se había vulnerado su derecho fundamental a la libertad de opinión (LF, art. 5, ap. 1, fr. 1).

El TCF concedió el amparo y revocó la sentencia del Tribunal Regional de Hamburgo. La fundamentación de la decisión ha marcado el rumbo en el estricto sentido del término, porque hasta hoy la jurisprudencia constitucional continúa avanzando por los caminos delimitados por la sentencia en la causa Lüth.⁹ Por un lado, el TCF emitió una opinión fundamental sobre el significado del artículo 5, apartado 1 de la LF para el orden social y democrático y para el proceso político. El derecho fundamental de la libertad de opinión se define como “absolutamente constitutivo” del régimen liberal-democrático del Estado, “porque solo este derecho posibilita el intercambio intelectual permanente, es decir, la confrontación entre las opiniones, como elemento vital de este tipo de régimen”. En alusión a lo expresado por el juez liberal de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica Benjamin N. Cardozo (1870-1938), los magistrados de Karlsruhe declararon que, de alguna manera, la libertad de opinión era la base de todas las libertades, *the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom*.¹⁰ A la luz de su importancia se consideraba inadmisibles que el alcance material del derecho a expresar

Frank Schorkopf (comps.), *70 Jahre Grundgesetz* [Setenta años de la Ley Fundamental], 2019, pp. 101 y 105.

⁸ Decisiones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE, por su sigla en alemán), 7, 198.

⁹ Dieter Grimm, “Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts” [La libertad de opinión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal], *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 1697.

¹⁰ BVerfGE 7, 198 (208); cfr. también el juez Benjamin N. Cardozo en el Proceso Palko contra Connecticut, 1937, 302, U.S. 319, 327.

una opinión estuviera sujeto a las relativizaciones del derecho común por la vía de las leyes generales, de acuerdo con el artículo 5, apartado 2 de la LF.¹¹ El Tribunal aclaró, asimismo, que en los asuntos de impacto público sustancial deben prevalecer la presunción de la admisibilidad de la libertad de expresión.¹²

Sin embargo, lejos de agotarse en los elogios patéticos de la libertad de opinión, la decisión en la causa Lüth extrae conclusiones dogmáticas concretas sobre la importancia de dicho derecho fundamental para la colectividad democrática. En el contexto de su decisión, el TCF tenía que resolver la cuestión de si la libertad de opinión también debía prevalecer en las relaciones jurídicas privadas y, de ser así, cómo debía aplicarse. El Tribunal aprovechó la ocasión para asentar la dogmática de los derechos fundamentales sobre nuevas bases. De esta manera, realizó una contribución importante a la eficacia de los mencionados derechos. Ya en su primera frase introductoria (*Leitsatz*) expresó: “Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores, que, como decisión constitucional fundamental, es válido para todas las esferas del derecho”.¹³ Según la interpretación del TCF, la eficacia frente a terceros no establece un efecto vinculante directo de los derechos fundamentales sobre los particulares en el sentido de las opiniones anteriormente defendidas por Hans Carl Nipperdey y Walter Leisner, entre otros.¹⁴ Pero los derechos fundamentales no dejan de ser aplicables también en las relaciones jurídicas privadas y ejercen un efecto vinculante “indirecto” sobre los particulares. De modo que tales derechos tienen que ser tomados en cuenta en las decisiones de la justicia civil y las disposiciones del derecho civil deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con el espíritu de la constitución; para la puesta en práctica de tal influencia, la jurisprudencia podrá recurrir sobre todo a los conceptos jurídicos indeterminados y a las cláusulas generales. A partir de esas consideraciones, el TCF llegó a la siguiente conclusión: también la sentencia de un juzgado civil que resulte en la limitación del derecho de opinión puede violar el derecho fundamental consagrado en el artículo 5, apartado 1 de la LF.¹⁵ Esta conclusión, que en su momento revistió una importancia enorme y marcó un rumbo, resulta hoy más actual que nunca: piénsese, por ejemplo, en la forma en que las grandes empresas de internet como Facebook, Google y Twitter manejan las opiniones expresadas por personas particulares en sus plataformas.

¹¹ BVerfGE 7, 198 (208 s.).

¹² BVerfGE 7, 198 (212).

¹³ BVerfGE 7, 198.

¹⁴ Cfr. Hans Carl Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht* [Derechos fundamentales y derecho privado], Krefeld, 1961; Walter Leisner, *Grundrechte und Privatrecht* [Derechos fundamentales y derecho privado], München, Beck, 1960.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (212).

1.1.2. *Spiegel: garantía institucional de la libertad de prensa*

Pero no solo la opinión que se manifiesta con libertad cumple un papel fundamental para el funcionamiento de la colectividad democrática; también lo hace la libertad de prensa. Así lo estableció el TCF en su sentencia relativa a la revista *Spiegel* del año 1966.¹⁶ Su decisión partió de los siguientes antecedentes: en octubre de 1962, la revista de actualidad *Spiegel* (con una tirada de medio millón de ejemplares) publicó un artículo con el título “Capacidad de defensa reducida”, que abordaba la situación militar de Alemania Federal y de la OTAN, así como los problemas militares y estratégicos, y los planes para el futuro. Seguidamente, se dictó una orden de detención por sospecha de traición contra el editor de *Spiegel*, Rudolf Augstein, entre otras personas; además, se registraron las oficinas de la editorial en Hamburgo y Bonn. La Editorial Spiegel interpuso un recurso de amparo constitucional contra esta y otras medidas. Vista la amplitud del tema abarcado por esta conferencia, la presentación debe ser breve y concisa. Apenas permite intuir el alcance de aquellos hechos hasta el día de hoy, pero los acontecimientos y, sobre todo, la forma en que el gobierno federal de la época actuaba han encontrado un lugar en la historia política de la posguerra bajo el nombre ‘El escándalo Spiegel’.

Al exponer los principios de su decisión,¹⁷ el TCF afirmó que la prensa libre, sin censura, es un componente constitutivo del Estado libre y, por lo tanto, indispensable para la democracia moderna; que los ciudadanos solo están en condiciones de tomar decisiones políticas cuando se encuentran ampliamente informados, y conocen y contrastan las opiniones que otros se formaron;¹⁸ y que la prensa mantiene viva la discusión y actúa como fuerza orientadora del debate público, mientras establece el vínculo entre el pueblo y sus representantes elegidos en el Parlamento y el Gobierno. Asimismo, el TCF dejó en claro que la función pública que le corresponde a la prensa no debe ser asumida por el Estado y que las empresas periodísticas deben contar con la posibilidad de desarrollar libremente su actividad en la sociedad. Por esta razón, el TCF puso énfasis en las garantías institucionales de la libertad de prensa y, más específicamente, en la libertad de fundar órganos de prensa y el libre acceso a las profesiones periodísticas.¹⁹

La sentencia se hizo célebre gracias a los pasajes centrales referidos a las funciones de la prensa –que fueron respaldados por todos los magistrados– y se describe como un “hito” en el camino hacia la realización plena de la libertad de prensa en

¹⁶ BVerfGE 20, 162.

¹⁷ BVerfGE 20, 162 (174-178).

¹⁸ BVerfGE 20, 162 (174).

¹⁹ BVerfGE 20, 162 (175 s.).

Alemania²⁰ o –dicho en otras palabras– como “epílogo del Estado autoritario alemán”.²¹ La primera sección de la sentencia sigue muy presente en la memoria hasta hoy, a diferencia de la segunda: la subsunción se inicia con la premisa de que el examen de la orden de registro con arreglo a los criterios constitucionales expuestos no permitía constatar una violación del artículo 5, apartado 1 de la LF.²² Por lo tanto, el recurso de amparo constitucional no tuvo éxito con respecto al fondo material de la causa. Aunque hay que decir que el resultado fue sumamente ajustado: dos opiniones opuestas entre sí de manera irreconciliable –a favor y en contra de la existencia de la violación de un derecho fundamental–, cada una de ellas defendida por cuatro magistrados. La motivación de la sentencia comenzó con la premisa poco común de que “a juicio de una opinión” las razones expuestas a continuación indicaban la violación de un derecho fundamental. Posteriormente, se expuso la argumentación que apuntalaba la decisión. La contraposición se introdujo con la advertencia expresa del empate en las deliberaciones (párr. 15, apart. 2, fr. 4 de la BVerfGG),²³ por primera vez en una decisión publicada por el Tribunal.²⁴ El procedimiento se considera un paso importante en el camino hacia la introducción del voto disidente que se estableció oficialmente tan solo a comienzos de la década de los setenta.²⁵

A lo largo de la historia de la República Federal hubo otros registros a oficinas periodísticas. En reiteradas ocasiones los tribunales, y hasta el TCF, tuvieron que decidir si las órdenes de registro de oficinas editoriales se ajustaban al derecho. Algunas sentencias más recientes muestran que, a partir de los principios que orientaron la sentencia en la causa *Spiegel*, la balanza entre la libertad de prensa y la pretensión punitiva puede inclinarse a favor de la libertad de prensa. Así fue, entre otros casos, en la decisión en la causa *Cicero* de la Primera Sala del Tribunal en 2007:²⁶ esa revista política había incluido citas textuales de un informe de evaluación altamente reservado de la Oficina Federal de Investigación Criminal (Bundeskriminalamt, BKA) en un reportaje sobre un terrorista islamista. En el marco de la investigación por complicidad con la violación de secretos que se instruyó a continuación, se produjo un registro de la redacción de *Cicero*, que contó con el aval judicial necesario. El

²⁰ Cfr. Wolfgang Hoffmann-Riem, “Die Spiegel-Affäre 1962 – ein Versagen der Justiz?” [El escándalo Spiegel 1962: ¿fracasó la justicia?], *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, p. 225, con referencias adicionales.

²¹ Theo Sommer, *Die Zeit*, 17 de octubre de 2002.

²² BVerfGE 20, 162 (178).

²³ El párrafo 15, apartado 4, frase 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG) en la versión incambiada desde 1951 establece: “En caso de empate de votos no se podrá dictaminar la violación de la Ley Fundamental ni de otras disposiciones de la legislación federal”.

²⁴ Evaluación propia del registro de decisiones y de la base de datos *juris*.

²⁵ Cfr. Gerd Rollecke, “Sondervoten” [Votos disidentes], *FS 50 Jahre BVerfG* [Miscelánea 50 años del BVerfG], vol. 1, 2001, p. 363.

²⁶ BVerfGE 117, 244.

redactor en jefe interpuso un recurso de amparo constitucional contra la orden, que resultó exitoso.²⁷ En su argumentación, el TCF hizo un resumen de los principios y enunciados fundamentales de la sentencia en la causa *Spiegel*: medios libres como base del régimen liberal-democrático, garantías institucionales para la prensa y la radiodifusión, y protección de los informantes.²⁸ A partir de su decisión en la causa *Cicero*, el Tribunal hizo énfasis en el último aspecto: la relación de confianza entre la prensa y sus fuentes de información. Esto generó consecuencias concretas a nivel del proceso penal: para proteger la libertad de prensa, las intervenciones contra sus representantes están sujetas a condiciones más estrictas. La Primera Sala lo formuló en estos términos: “Los registros y confiscaciones en el marco de la instrucción de la causa son inconstitucionales si su realización obedece a la finalidad exclusiva o primordial de averiguar la identidad del informante”.²⁹

De las sentencias en las causas *Lüth* y *Spiegel* se desprende que no existe una sola decisión maestra referida al artículo 5 de la Ley Fundamental, *sino varias*. La libertad de opinión y la libertad de prensa constituyen derechos fundamentales independientes. Esto vale específicamente para la libertad de prensa que no se limita a ser apenas un aspecto de la libertad de opinión, ni tampoco se agota en ella, como quedó establecido por el TCF en su sentencia de fines de la década de los cincuenta sobre la inhabilitación profesional con arreglo a la ley de prensa.³⁰ Sin embargo, existen puntos en común entre ambos derechos fundamentales. Hay una cercanía natural que se debe a razones estructurales: las garantías de los dos derechos son el objeto de la regulación establecida por el primer apartado del artículo 5 de la LF. Ambos pertenecen a los derechos fundamentales de la comunicación, cuya finalidad es la creación del pluralismo de opiniones en la sociedad.³¹ Ambos comparten el mismo destino como objeto de los límites que imponen las leyes generales con arreglo al apartado 2. Y ambos cumplen una función como derechos de defensa, pero también como derechos objetivos, porque revisten una importancia absolutamente constitutiva para el régimen liberal-democrático.³² Debido a estas coincidencias, algunos enunciados del TCF son válidos para ambas garantías. En la medida de lo conveniente, en lo que sigue, llamaré la atención sobre los paralelismos, aunque debido a las limitaciones de espacio, el énfasis de mis consideraciones estará puesto en la libertad de opinión.

²⁷ *Ibid.*, 244 s.

²⁸ *Ibid.*, 244 (258 s.).

²⁹ *Ibid.*, 244 (265).

³⁰ BVerfGE 10, 118 (121).

³¹ Christian Starck y Andreas Paulus, *Kommentar zum Grundgesetz: GG* [Comentario de la Ley Fundamental: GG], Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein y Christian Starck (eds.), 7ª. ed., vol. 1, München: Vahlen, 2018, art. 5, núm. 61.

³² BVerfGE 35, 202 (221).

1.2. Un equilibrio difícil: el ámbito de protección de la libertad de opinión

1.2.1. *Campaña electoral: la opinión en su acepción amplia u “opinar” no significa solamente “emitir juicio”*

En consonancia con su importancia para el proceso democrático, la libertad de opinión goza de altos niveles de protección. No obstante, a nivel de los ámbitos de protección ha sido –y a veces sigue siendo– difícil establecer una definición del concepto de ‘opinión’ que dé seguridad jurídica en cada caso individual. Por esta razón, el esclarecimiento de las controversias conceptuales ha sido el tema de una decisión del TCF a comienzos de los años ochenta en torno a opiniones expresadas en una campaña electoral.

En el transcurso de la primera campaña electoral europea en el año 1979, un candidato del Partido Socialdemócrata de Alemania (Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD) había manifestado durante varios mítines electorales que la Unión Socialcristiana (Christlich-Soziale Union, CSU) era el “NPD de Europa” (equiparándola de esta manera con el Partido Nacionaldemócrata de Alemania, Nationaldemokratische Partei Deutschlands, un partido ultraderechista). En respuesta, la CSU acudió a los tribunales para solicitar una medida cautelar en contra de una afirmación de hechos que, a su entender, no se ajustaba a la verdad y tenía un efecto degradante. Un Tribunal Regional Superior clasificó la afirmación recurrida como una aseveración de hechos incorrecta y, por lo tanto, la eximió del ámbito protegido del artículo 5, apartado 1, frase 1 de la LF.

El TCF rechazó esta interpretación restrictiva; la libertad de opinión garantizaría el derecho de todas las personas de manifestar sus opiniones con libertad. Todas las personas debían poder decir con libertad lo que pensaban, incluso cuando no dieran o no pudieran dar los fundamentos comprobables de sus opiniones.³³ Para poder determinar lo que constituye la manifestación de una “opinión” comprendida en la protección del derecho fundamental, serían definitorios los elementos de la toma de posición, de la consideración, de la opinión en el marco de una disputa intelectual, sin importar la veracidad o racionalidad de la manifestación. Efectivamente, la comunicación de un hecho en sentido estricto no sería una manifestación de “opinión”, porque le faltaría precisamente ese elemento. Sin embargo, se beneficia de la protección que brinda el derecho fundamental de la libertad de opinión, porque –y en la medida en que– constituye la condición necesaria para la formación de opiniones. En cambio, carece de protección todo aquello que no pueda contribuir a la formación de opiniones constitucionalmente requerida, sobre todo la afirmación premeditada o comprobada de hechos que no se ajustan a la verdad.

³³ BVerfGE 61, 1 (7).

A diferencia de la manifestación de una opinión *stricto sensu*, la protección de la comunicación de un hecho por el derecho constitucional depende de su veracidad.

Sin duda, el TCF propone, por principio, una interpretación muy amplia del concepto de opinión con arreglo al artículo 5, apartado 1, frase 1 de la LF. En la medida en que una manifestación se caracteriza por los elementos de la toma de posición, la consideración y la opinión queda comprendida en el ámbito de protección del derecho fundamental. Esto vale también cuando, como ocurre tantas veces, los mencionados elementos se combinan o se mezclan con afirmaciones de hechos, por lo menos en los casos en que los dos componentes no pueden ser separados y el contenido material queda en un segundo plano, detrás del juicio emitido. De no ser así, la protección de la libertad de opinión en su carácter de derecho fundamental se vería fuertemente restringida.

Hasta aquí la teoría. En la práctica, la clasificación según el esquema juicio-hecho puede crear dificultades, como lo muestra el caso de la manifestación durante la campaña electoral: el Tribunal Regional Superior clasificó la manifestación como una afirmación de hechos evidentemente falsa, no incluida en el ámbito de protección. En cambio, el TCF puso énfasis en que las circunstancias y la finalidad de la manifestación de opinión también debían ser tomadas en cuenta. Si se tomara la manifestación durante la campaña electoral literalmente, esta sin duda sería falsa e incluso absurda como afirmación de un hecho. Sin embargo, la finalidad de la manifestación había sido otra: el recurso a la polémica contra el adversario político, para diferenciarse con claridad y obtener votos. Por lo tanto, se trataba de elementos básicos de todas las campañas electorales comprendidas en el ámbito de protección del artículo 5, apartado 1, frase 1 de la LF.³⁴

Averiguar la finalidad y las circunstancias de una manifestación de opinión constituye un desafío; otro se plantea si los hechos y el juicio se entretajan en una manifestación: una vez más, la delimitación en cada caso plantea dificultades. Con la finalidad de garantizar la protección más exhaustiva posible de los derechos fundamentales, el TCF estableció una regla: si el sentido de un enunciado depende de la afirmación de un hecho y de la manifestación de una opinión por igual, la separación de los componentes fácticos de los elementos de juicio solo será admisible, si no tergiversa el sentido de la manifestación. Si tal diferenciación fuera imposible, la manifestación en su totalidad será tratada como una opinión en el ámbito de protección de esta libertad, porque de otra forma se estaría ante el peligro de una restricción sustancial de la protección de un derecho fundamental.³⁵

³⁴ BVerfGE 61, 1 (9 s.).

³⁵ BVerfGE 90, 241 (248).

1.2.2. *Wunsiedel: ¿opinión o insolencia? Ideologías totalitarias e inhumanas*

El ámbito de protección es igualmente amplio en lo que a los contenidos y la calidad de las manifestaciones de opinión se refiere. En efecto, la protección no se limita a opiniones valiosas, es decir, a aquellas con cierta calidad ética.³⁶ No importa que una opinión sea fundada o no, emocional o racional; que se la considere valiosa o sin valor, peligrosa o inofensiva.³⁷ El alcance de la protección ha sido definido por el TCF en su decisión acerca de la causa Wunsiedel. Dicha decisión se dictó luego de que las autoridades locales prohibieran una marcha conmemorativa del “suplente de Hitler”, Rudolf Heß, cuya tumba se encontraba en la ciudad bávara de Wunsiedel. En la fundamentación de la decisión se explica que la ley no obligaba a la ciudadanía a compartir personalmente las definiciones de valor en las que se apoya la Ley Fundamental. Ciertamente, la Ley Fundamental parte de la esperanza de que la ciudadanía acepte los valores generales de la constitución y los ponga en práctica, pero no impone la lealtad hacia dichos valores.

De esta manera, la protección del artículo 5, apartado 1 de la LF se extiende también a las opiniones que se pronuncian a favor de un cambio radical del orden político, con independencia de la posibilidad de su implementación, en general o en parte, en el marco del régimen establecido por la Ley Fundamental. Por consiguiente, hasta la difusión de ideas nacionalsocialistas como cuestionamiento radical del orden vigente no está automáticamente excluida del ámbito de protección de la libertad de opinión. La Ley Fundamental corre este riesgo y confía en la fuerza del debate sin restricciones como el arma más eficaz contra las demagogias irracionales y las campañas contra la dignidad humana.³⁸

1.3. Los límites del artículo 5, apartado 2 de la Ley Fundamental

La sentencia en la causa Lüth se puede interpretar como un fuerte compromiso con una vigencia lo más amplia posible de los derechos fundamentales de la comunicación, aunque no equivale a una garantía irrestricta de la libertad de opinión y la libertad de prensa. En efecto, las disposiciones del artículo 5, apartado 2 de la LF sobre las leyes generales representan un límite significativo y, a la vez, controvertido. El concepto de las leyes generales, que ya constaba en términos casi idénticos en el artículo 118 de la Constitución de Weimar, nunca dejó de suscitar opiniones divergentes. El requisito de generalidad se considera un “clásico” del derecho constitucional.³⁹ En su sentencia en la causa Lüth, el TCF integró los enfoques de interpretación

³⁶ BVerfGE 33, 1 (14 s.).

³⁷ BVerfGE 90, 241 (247); 124, 300 (320).

³⁸ BVerfGE 124, 300 (320).

³⁹ Stefan Huster, “Das Verbot der ‘Auschwitzlüge’, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht” [La prohibición de la “mentira sobre Auschwitz”, la libertad de opinión y el Tribunal Constitucional Federal], *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 487 y 488.

divergentes (el llamado “principio de combinación”) y formuló dos condiciones para la vigencia general de una ley: en primer lugar, la ley no debe prohibir ni debe estar dirigida contra la manifestación de una opinión como tal; para la ley, un enfoque neutral respecto a las opiniones debe tener prioridad. En segundo lugar, la ley debe estar al servicio de un valor colectivo superior al ejercicio de la libertad de opinión.⁴⁰ Según lo expresado por el TCF, se busca prevenir la creación de un derecho particular contrario al proceso de la libre formación de opiniones que intente impedir los efectos intelectuales de las manifestaciones de opinión.⁴¹

Otro límite constitucional a las libertades de comunicación es el derecho al honor personal, que también es objeto de las disposiciones del artículo 5, apartado 2 de la LF. La protección específica de ese derecho se fundamenta en que el ejercicio de las libertades de comunicación implica el peligro elevado de que el honor de otras personas sea vulnerado.⁴² En más de una ocasión, el TCF se ha ocupado del conflicto entre la libertad de opinión y la protección del honor. La decisión sobre la negación del Holocausto (la “mentira sobre Auschwitz”) resume los principios fundamentales: como primer paso, se debe aclarar si la manifestación en cuestión constituye un juicio de valor al amparo de la libertad de opinión. De ser así, la protección comprende, por regla general, las afirmaciones de hechos que lo acompañen. Si el juicio de valor vulnera el derecho al respeto de la persona, la libertad de opinión suele prevalecer sobre la protección del honor personal, si se trata de un asunto de interés público. En cambio, la libertad de opinión queda en segundo lugar, si el juicio de valor se limita a la manifestación de injurias desconectadas de los hechos.⁴³

2. Ejes de desarrollo y desafíos

El repaso de las decisiones no deja lugar a dudas: el TCF ha sabido aprovechar sus numerosas sentencias programáticas para la definición de los contornos de la libertad de opinión y la libertad de prensa, para el desarrollo dogmático de las mismas y su perfeccionamiento. A partir de las directrices establecidas se abre la posibilidad de encontrar soluciones convenientes para múltiples problemas que sean conformes con los derechos fundamentales en cuestión. Asimismo, las herramientas proporcionadas por el TCF permiten, hasta cierto punto, dar respuestas a problemas novedosos. Desde luego, el proceso de digitalización al que asistimos conlleva la reconfiguración de esferas completas de la vida. Aspectos importantes de la interacción “análoga” tradicional están siendo transferidos a la red, entre ellos la puesta a disposición de información y su transferencia, así como la comunicación

⁴⁰ BVerfGE 7, 198 (209 s.).

⁴¹ BVerfGE 71, 206 (214).

⁴² Starck y Paulus, *op. cit.*, art. 5, num. 302.

⁴³ BVerfGE 90, 241 (248).

de opiniones, a veces controvertidas. Precisamente en este aspecto, es decir, en la difusión de opiniones personales, parece que en ocasiones se han desplazado los valores. La posibilidad de guardar el anonimato y la ausencia de interacción cara a cara son características de internet que facilitan una comunicación más libre, pero también más desenfrenada y desinhibida. A menudo presenciamos una fuerte “irritabilidad”⁴⁴ colectiva en la interacción. Esta puede desembocar en difamaciones y exposiciones e incluso en amenazas, en otras palabras, en un embrutecimiento de la cultura del debate. El interrogante de hasta qué punto la jurisprudencia está preparada para estas dos tendencias –la digitalización y, conjuntamente con ella, los desafíos para la libertad de opinión y la protección del honor personal y de la persona en internet– exige un análisis más pormenorizado.

2.1. La digitalización, ¿exige derechos fundamentales para la comunicación digital o una constitución digital?

La digitalización es el tema decisivo del siglo XXI, por lo menos hasta ahora. Impacta en la sociedad en su totalidad al igual que en cada uno de sus ámbitos, pero también en el derecho en todas sus especializaciones. La comunicación no desaparece; se acelera, se hace más global y anónima. Las consecuencias de este proceso afectan a los medios de comunicación tradicionales. Cada vez más, la comunicación interpersonal pasa al dominio del correo electrónico, la mensajería instantánea y la telefonía por internet, con consecuencias también para la formación de opinión y el intercambio de información. Hace 25 años no se podía prever la importancia de internet en todas sus manifestaciones; y menos aún lo podían imaginar quienes crearon la Ley Fundamental.

Surge, por consiguiente, el interrogante de si nuestra Constitución está en condiciones de reaccionar adecuadamente a las realidades y los desafíos nuevos y diferentes, o si, por el contrario, ha llegado el momento de adoptar una constitución digital. La idea de elaborar una nueva normativa para el mundo digital no es nueva. Hace varios años existe, sin ir más lejos, una iniciativa a nivel europeo que propone la adopción de una “carta de derechos digitales de la Unión Europea”, una carta digital, cuyos promotores –ciberactivistas, políticos, científicos, escritores, periodistas y defensores de los derechos civiles– están interesados, esencialmente, en presentar un documento base para la discusión pública sobre los derechos fundamentales en la era digital.⁴⁵

⁴⁴ Cfr. Bernhard Pörksen, *Die große Gereiztheit: Wege aus der kollektiven Erregung* [La gran irritabilidad: cómo superar la agitación colectiva], München, Carl Hanser Verlag, 2018; posiblemente en alusión a *La montaña mágica*, de Thomas Mann.

⁴⁵ Cfr. también Regina Dräger, “Meinungsfreiheit in der digitalen Welt” [La libertad de opinión en el mundo digital], *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2019, pp. 78 y ss.

Sin embargo, cabe la pregunta de si los nuevos desafíos digitales requieren la introducción de un nuevo marco normativo constitucional o si, por el contrario, el TCF tiene la capacidad de responder de forma dinámica y específica en cada situación a las nuevas condiciones, haciendo uso de las herramientas ya disponibles de la interpretación y el desarrollo judicial del derecho. Para resolver esta cuestión ayudará un repaso –necesariamente superficial– de las respuestas mediante las cuales el TCF ha enfrentado las nuevas tendencias y los cambios sociales hasta ahora.

A modo de ejemplo de la perspectiva flexible y generalmente abierta a las nuevas tendencias que el TCF ha adoptado para la interpretación de la Ley Fundamental en el pasado, quisiera mencionar tres “innovaciones de derechos fundamentales”;⁴⁶ estas se refieren al ámbito personal y privado del ser humano y, por ende, a un espacio que, al igual que la comunicación de nuestros días, se caracteriza por la velocidad de sus cambios o que, por lo menos desde la fundación de la República Federal de Alemania, ha estado sujeto a múltiples procesos de transformación. En lo referido a la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana, a lo largo de las décadas el TCF se ha apoyado en estructuras de protección existentes para establecer numerosos derechos fundamentales nuevos.

En la sentencia de la causa Soraya de 1973,⁴⁷ el Tribunal desarrolló el derecho general de la personalidad, a partir de la combinación de los artículos 2, apartado 1, y 1, apartado 1 de la LF. Dicho en pocas palabras, este derecho protege el ámbito de la vida y de la libertad del individuo contra posibles intromisiones. De esta manera, el TCF se propuso crear una protección contra los riesgos aún desconocidos que podrían amenazar la esfera vital directa de la persona y complementar la protección de los derechos de la personalidad que no se habían atendido. Por diferentes razones, su ausencia se había hecho notar cada vez más con el paso de los años.⁴⁸ En 1983, el derecho general de la personalidad experimentó una diferenciación: la sentencia de la Primera Sala referida al censo de población⁴⁹ representa otra innovación de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la autodeterminación informativa. Cada persona tiene el derecho a decidir sobre el momento en que se dan a conocer determinadas circunstancias personales y a establecer los límites de tal divulgación. La necesidad de adoptar la decisión surgió a partir de la recogida de ciertos datos por las autoridades estatales, sobre todo por la posibilidad de su vinculación con otros datos y su procesamiento digital. En el año 2008, el TCF dejó constancia de que había llegado a la era de la información digital. Su sentencia sobre el llamado

⁴⁶ Cfr. sobre el concepto, con referencias adicionales, Ines Härtel, “Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren” [La digitalización a la luz del derecho constitucional: algoritmos, actuación policial predictiva, conducción autónoma], *Landes- und Kommunalverwaltung*, 2019, pp. 49, 52 y ss.

⁴⁷ BVerfGE 34, 269.

⁴⁸ Cfr. BVerfGE 34, 269 (281 s.).

⁴⁹ BVerfGE 65, 1.

allanamiento en línea⁵⁰ significó la creación de un verdadero derecho fundamental de las tecnologías de la información, cuyo nombre suena ciertamente complejo: “Derecho fundamental a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas de tecnología de información”. De esta manera, el Tribunal adaptó la protección de los derechos fundamentales al progreso técnico y digital. Los derechos fundamentales preexistentes no permitían restringir ni controlar debidamente el acceso secreto del Estado a los ordenadores privados: en opinión del Tribunal, las garantías existentes para la protección de la esfera privada (arts. 10 y 13 de la LF, derecho a la autodeterminación informativa) no se ajustaban a los respectivos ámbitos protegidos; no obstante, la Primera Sala tenía plena conciencia de que el registro secreto de un acervo de datos importante puede significar una intervención especialmente grave, comparable con el registro de un apartamento en el “mundo análogo”. Este reconocimiento fue tenido en cuenta de manera prospectiva. Si nos centramos en la forma en que los individuos actúan en internet, se plantea la cuestión de por cuánto tiempo deben ser guardadas las informaciones y de si existe un “derecho a olvidar y ser olvidado”. En los próximos meses se dictará una sentencia sobre un recurso de amparo constitucional en esta materia.⁵¹

El ejemplo del derecho a la personalidad descubre el potencial del desarrollo judicial del derecho como parte tradicional de la jurisprudencia y, por lo tanto, también de la constitucional.⁵² Al cumplir esta función, la jurisprudencia se propone hacer valer, en condiciones cambiadas y con la mayor fiabilidad posible, el sentido y la finalidad de una ley, tal como fue definida por el legislador o, de lo contrario, llenar una laguna regulatoria contraria a su lógica con la ayuda de sus métodos probados de interpretación.⁵³ Esto se puede lograr con éxito también en el ámbito de los derechos fundamentales de la comunicación en la era de internet, de los medios electrónicos y de las redes sociales. La comprensión históricamente desarrollada de la comunicación y su importancia, tanto para el orden social democrático como para el proceso político, no se hace prescindible en la era digital. También es posible aplicar los principios de interpretación que se establecieron con relación al artículo 5 de la LF al registro y la valoración de los contenidos de las manifestaciones, con independencia de la forma en que fueron difundidos. A partir de la diferenciación entre manifestación de opinión y afirmación de hechos que el TCF estableció en la era análoga, los fenómenos novedosos como las llamadas noticias falsas o la vinculación de contenidos ajenos –por ejemplo, los tuits de terceros–⁵⁴ pueden ser definidos y controlados por el derecho constitucional.

⁵⁰ BVerfGE 120, 274.

⁵¹ 1 BvR 16/13.

⁵² Cfr. BVerfGE 82, 6 (11 y ss.); 132, 99 (127).

⁵³ Cfr. BVerfGE 132, 99 (127 s., nm. 74 s.).

⁵⁴ Cfr. al respecto, Christian Hoffmann, Anika D. Luch, Sönke E. Schulz y Kim Corinna Borchers, *Die digitale Dimension der Grundrechte* [La dimensión digital de los derechos fundamentales], Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, pp. 130 y ss.

2.2. La protección del honor en la era de internet

La jurisprudencia del Tribunal ofrece, asimismo, una sólida perspectiva de futuro con respecto al segundo gran desafío, la protección del honor personal en la comunicación digital. Precisamente, las manifestaciones vertidas en blogs, salas de chat y portales de valoración en línea exponen con claridad la relación de tensión entre el honor personal y la libertad de opinión. La posibilidad de emitir opiniones al instante, con un potencial ilimitado de visibilidad, por un lado, y el enorme anonimato de internet, por el otro, pueden operar a favor de la intimidación virtual y el discurso de odio. Así, en última instancia, los portales de valoración digital, por ejemplo, de docentes, médicos o jueces, pueden convertirse en un problema cuando la evaluación, en lugar de limitarse a la actuación profesional de las personas, da lugar a la difamación y la exposición en la “picota digital”.

Pero las nuevas formas de comunicación digital no deben hacernos olvidar que la crítica ha existido desde siempre, incluso como crítica injuriosa (*Schmähkritik*). Por esta razón, el TCF ha podido adoptar una serie de decisiones que han ayudado a diferenciar la relación entre la libertad de opinión y la protección del honor. Hace casi 25 años, en la sentencia del Caso “Soldados son asesinos”, el TCF formuló algunos principios relevantes para sopesar la libertad de opinión y el derecho al honor personal.⁵⁵ Según esos principios, la ponderación constitucional debe partir, una vez más, de la importancia absolutamente constitutiva de la comunicación sin límites para el régimen liberal-democrático. De este enfoque no solo se desprende la presunción a favor de la libertad de expresión en cuestiones de relevancia pública, sino también la obligación de actuar con cautela a la hora de interferir con los derechos fundamentales de la comunicación. En cambio, si se trata de manifestaciones degradantes que cumplen el criterio formal de la difamación o la injuria, la protección del honor prevalece regularmente sobre la libertad de opinión.⁵⁶ Sin embargo, vistos los efectos del concepto de crítica injuriosa que se imponen a la libertad de opinión, el TCF adoptó una definición muy exacta del concepto que había sido desarrollado por la jurisdicción regular. Según dicha definición, la manifestación de una crítica exagerada que llegue hasta el insulto no constituye, en sí, una injuria. Para que sea así, la manifestación ya no debe centrarse en la discusión material, sino en la difamación de la persona; debe trascender la crítica –posiblemente polémica, hasta exagerada– y poner el énfasis en la degradación de la persona.⁵⁷ Dichos principios se aplican por regla general a grupos de personas; no obstante, debe existir la posibilidad de una individualización de los integrantes del grupo, lo que exige un examen particularmente meticuloso, si se trata de colectivos o instituciones. Por consiguiente, quien quiere expresar sus convicciones pacifistas puede referirse a los

⁵⁵ BVerfGE 93, 266.

⁵⁶ Cfr. BVerfGE 93, 266 (294).

⁵⁷ Cfr. con anterioridad BVerfGE 82, 272 (283 s.).

soldados como “asesinos”, sin que dicha expresión implique un insulto. En este caso, el TCF habla de una crítica exagerada o de un insulto, pero no de crítica injuriosa.

Con los años, la forma de las críticas se ha endurecido, al tiempo que se adaptó a la tendencia digital o global hacia el uso creciente de anglicismos. En cambio, la jurisprudencia de la Primera Sala del Tribunal sigue marchando por lo general sobre los carriles de la sentencia en el caso “Soldados son asesinos”, según la cual las críticas injuriosas constituyen raras excepciones. Siguiendo esta línea de razonamiento, la individualización suficiente de los integrantes de un grupo ha sido negada, entre otras, en dos decisiones más recientes, que se ocuparon de la crítica de la policía: así, a partir de la imposibilidad de una delimitación exacta, la exposición del eslogan “ACAB” (*All Cops Are Bastards*) o de otras formulaciones similares⁵⁸ no constituía un insulto. En otro caso, en el que una fiscal había sido calificada de “loca”, “repugnante” y “enferma mental”, el Tribunal llegó a la misma conclusión:⁵⁹ la protección del derecho fundamental a la libertad de opinión no se limitaba a las manifestaciones razonadas y diferenciadas, sino que comprendía también las críticas mordaces, polémicas y exageradas, mientras se pudiera establecer una referencia temática; a los tribunales les habría faltado profundidad en el abordaje de la cuestión de si la crítica extremadamente dura no habría formado parte de un debate material de fondo. Otra sentencia, que la Sala competente del TCF adoptó recientemente, apunta en una dirección similar: en un juicio civil se había comparado la conducción de la audiencia por la jueza del caso con los tribunales especiales nacionalsocialistas y los juicios por brujería.⁶⁰ La subsiguiente condena por insulto fue anulada por el TCF; una vez más, la clasificación de las manifestaciones como crítica injuriosa por los tribunales regulares habría sido injustificada, porque no se trataba exclusivamente de la degradación de la persona afectada, al existir una referencia sustancial al juicio civil que el querellante había iniciado.

Las decisiones que acabamos de mencionar permiten identificar el impulso ininterrumpido de la jurisprudencia constitucional en materia de libertad de prensa y protección del honor. Al contrario de lo que los críticos del TCF han sostenido en varias ocasiones,⁶¹ no se trata de minimizar la protección del honor. Se trata, en cambio, de hacer justicia a la importancia de los derechos de comunicación, sin perder el contacto con las tendencias de evolución de la sociedad. En este contexto, hay que reaccionar ante un fenómeno que percibimos como endurecimiento o embrutecimiento de la cultura de la controversia, que se ha instalado como parte de la realidad social y no puede ser negado. Ante las manifestaciones que se vierten en

⁵⁸ FCK*CPS (= Fuck Cops), cfr. BVerfG, decisión de la 3ª Sección de la Primera Sala - 1 BvR 1036/14 -, NJW 2015, 2022.

⁵⁹ BVerfG, decisión de la 3ª Sección de la Primera Sala - 1 BvR 1 BvR 2646/15 -, NJW 2016, 2870.

⁶⁰ BVerfG, decisión de la 2ª Sección de la Primera Sala del 14 de junio de 2019 - 1 BvR 2433/17.

⁶¹ Referencias en Starck y Paulus, *op. cit.*, art. 5, núm. 310.

los medios sociales, el TCF no perderá de vista la realidad. Obviamente, habrá que prestar mayor atención a aspectos específicos, como el alcance de los mensajes y la velocidad de los cambios en internet, para poder reaccionar adecuadamente. Pero, en principio, no habrá que abandonar las normas constitucionales del “mundo análogo”.

3. Balance y perspectivas

Por décadas, diversas controversias políticas e históricas a veces duras han ocupado al TCF y dejado huellas en su jurisprudencia sobre la libertad de opinión y la libertad de prensa. Lamentablemente, en la Alemania del año 2019, las ideologías inhumanas ultraderechistas y su divulgación, lejos de pertenecer al pasado, continúan presentes. Por ejemplo, el año pasado, el TCF tuvo que ocuparse de una mujer de casi 90 años que negaba el Holocausto y su condena penal.⁶² En términos generales, se observa un clima de sobrecalentamiento de la comunicación, cuyas expresiones percibimos a través de los discursos de odio, las discriminaciones y las teorías conspirativas.

A esto se agregan algunos desafíos globales a la libertad de opinión de los últimos tiempos: vivimos en la era de internet y de las redes sociales que facilitan la difusión global de contenidos en cuestión de segundos. Esto está en la base de fenómenos novedosos como las llamadas noticias falsas y los “hechos alternativos”. Frente a ellos debe existir una delimitación practicable entre la manifestación de una opinión y la afirmación de un hecho que carece de veracidad. Cambia, asimismo, la forma en que se manifiestan las opiniones. Las discusiones en la World Wide Web son anónimas, las manifestaciones en los foros de internet no solamente faltan a menudo a las reglas del tacto y la cortesía, sino que también se muestran abiertamente hostiles y ofensivas.

El repaso de casi 70 años de jurisprudencia constitucional en materia de libertad de opinión no deja dudas: el TCF no adhiere a la posición del “todo o nada”; al contrario, busca soluciones diferenciadas que tomen en cuenta todos los derechos fundamentales en tensión, para alcanzar soluciones convenientes en cada caso.⁶³ Ciertamente, los resultados de la ponderación resultan menos previsibles que la preferencia generalizada de la libertad de opinión, como la practica en parte la Corte Suprema de Estados Unidos. Desde esta perspectiva, los juicios de valor que se emiten en el debate público deben ser admitidos siempre, por ofensivos o dañinos que sean. Se trata de una pérdida menor en materia de seguridad jurídica que se compensa con una mayor justicia en cada caso específico, un aspecto que no se debe subestimar.

⁶² BVerfG, decisión de la 3ª Sección de la Primera Sala del 22 de junio de 2018 - 1 BvR 673/18, juris (Ursula Haverbeck).

⁶³ Grimm, *op. cit.*, pp. 1697, 1704 y ss.

Lo que sí es claro es que se cruza una línea roja cuando las palabras se convierten en hechos. El Estado debe intervenir cuando “las manifestaciones de opinión trascienden la esfera estrictamente intelectual de lo que se considera correcto para dar lugar a violaciones de bienes jurídicos o a situaciones que constituyen un peligro”.⁶⁴ Lo mismo vale para la crítica injuriosa abiertamente hostil que se manifiesta como fin en sí mismo. Este principio ha dado sus frutos en el Estado constitucional alemán y permitirá que se reaccione con discernimiento en el futuro. Por supuesto, esto no excluye que se introduzcan determinados ajustes en respuesta a los nuevos desafíos (técnicos).⁶⁵ Pero de cara a los cambios técnicos de nuestro tiempo, para el jurista y magistrado constitucional es tranquilizante que los principios y lineamientos desarrollados *offline* no dejarán de desplegar su capacidad estructuradora en los tiempos de la digitalización.

⁶⁴ BVerfGE 124, 300 (330).

⁶⁵ Cfr. p. ej., Volkman, *op. cit.*

Christian Waldhoff*

¿Qué se debe incluir en la Constitución? Sobre los beneficios y las desventajas de las disposiciones constitucionales vinculantes

¿Qué se debe incluir en la Constitución?¹ es la pregunta que responde el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. De esta forma, se designan los dos componentes principales de las constituciones modernas en la tradición occidental: los derechos fundamentales y el derecho relativo a la organización del Estado. Sin embargo, aquella disposición apodíctica y misionera no ofrece detalles. Para discutir la cuestión acerca de cuáles disposiciones deben integrar una constitución y cuáles no, la doctrina jurídico-constitucional introdujo el concepto de reserva constitucional: ¿qué tiene que ser regulado por la constitución? ¿Qué debería ser determinado por esta? ¿Qué aspectos no deben ser normados por la constitución? ¿Qué aspectos no deberían tener cabida en ella? En esencia, la reserva en materia constitucional constituye un problema de carácter normativo: ¿qué se debe incluir en la constitución y qué asuntos se deben determinar por la vía de la legislación común o permanecen en su área de competencia?

Las disposiciones que definen la creación de derecho, es decir, las reglas que regulan la creación de normas jurídicas, forman parte de los contenidos necesarios de todas las constituciones. En las constituciones federalistas se agregan además las disposiciones referidas a la división de competencias entre el Estado federal y los estados federados propias de un sistema federal. Hoy en día

* Profesor de Derecho Público de la Universidad Humboldt de Berlín.

¹ En la República Federal de Alemania, la Constitución de 1948/1949 se llama Ley Fundamental.

–político-fácticamente, no teórico-constitucionalmente–, se incluiría, asimismo, un catálogo de derechos fundamentales. Todo lo demás pertenece al ámbito de la política constitucional y no integra el derecho constitucional. No existen pautas jurídicas efectivas respecto de los contenidos de una constitución, y no las puede haber, sobre todo en el derecho internacional. Por ende, el recurso a las funciones de una constitución puede y debe servir como “parámetro” para responder la pregunta planteada: ¿qué objetivos y tareas deben ser cumplidos por la constitución, y cuál puede o debe ser su configuración para poder cumplirlos? Al respecto, se proponen tres reflexiones.

1. La creciente carga de contenidos en los textos constitucionales hace daño al proceso político. Los contenidos “elevados” a nivel constitucional son sustraídos al proceso legislativo común que opera con mayorías parlamentarias más simples, y se perpetuarán de alguna manera debido a las dificultades de modificarlos. Tanto en la República de Weimar como en los primeros años de la República Federal de Alemania, la creciente carga material de las constituciones fue rebatida sobre la base del argumento liberal estatista según el cual la Constitución no debía ser rebajada al nivel de un programa partidario; que no era un listado de deseos políticos y que, por el contrario, operaba como delimitación entre la esfera social de libertades y la esfera del Estado, con lo que el área de las relaciones sociales quedaba sujeta a las políticas públicas.

Ernst Forsthoff introdujo esta argumentación en Alemania Federal. Describía y criticaba el proceso de elevación de la jerarquía normativa, cuyo objetivo consistía en sustraer el objeto regulado del proceso político en general mediante “normas arraigadas” con valor constitucional. En lo referido a la República de Weimar, se trataba de un argumento bastante comprensible. Con el reconocimiento del principio de la primacía de la Constitución sobre el resto del derecho, como consecuencia de la nueva base de legitimidad del poder estatal que resultaba del principio de la soberanía del pueblo –proceso que tuvo lugar en esta época paulatinamente–, las numerosas “normas de promesa” con valor constitucional parecían, cada vez más, fuera de lugar. Si bien se logró que los excesos más notorios del catálogo de derechos y obligaciones fundamentales y de las disposiciones referidas a los fines de Estado, que Friedrich Naumann había propuesto, no fueran introducidos en la Constitución Imperial de la República de Weimar, esta incluía una cantidad notoriamente superior de orientaciones y determinaciones de objetivos que lo consignado después en la Ley Fundamental y otros textos constitucionales. Esto fue el resultado, entre otras razones, de la sumatoria de concepciones constitucionales divergentes no resueltas. A partir de la incorporación de la casi totalidad de las reivindicaciones, la segunda parte principal de la Constitución

Imperial de Weimar² se convirtió, no solo en un conglomerado de derechos y obligaciones fundamentales, sino también de enunciados programáticos, pedidos de legislación, garantías institucionales y hasta normas de carácter meramente simbólico.

Sin embargo, en la actualidad, esta crítica estatista tradicional de la sobrecarga material de las constituciones ya no refleja el aspecto central del tema. La necesaria congruencia con la estructura legitimadora de la constitución solo se podrá generar a partir del principio constitucional democrático. De esta manera, el argumento contrario a la creciente incorporación de contenidos pierde su carácter estatista para apoyarse en la teoría democrática. La comprensión de esta dimensión del problema recién es posible cuando se conceptualiza el derecho como la política en formato jurídico y, por consiguiente, se reconoce la ineludible libertad de los contenidos del derecho en el contexto de la vigencia del marco jurídico-constitucional. Según Oliver Lepsius, la jurisprudencia de orientación democrática se muestra “escéptica frente a las determinaciones materiales, cuando estas incluyen pretensiones de validez objetiva o dificultan su modificación. En otras palabras: las decisiones materiales pertenecen al ámbito de las leyes, no de las constituciones”. Justamente, una constitución no es un ejemplo para la codificación de una determinada área legal. La primacía de la constitución sobre el derecho ordinario no implica necesariamente la pretensión de anticipar los contenidos de la actuación del Estado en su totalidad.

El abandono de la energía nuclear en Alemania, después de los acontecimientos de Fukushima, constituye un ejemplo de una petición de elevar una decisión política importante a un nivel normativo superior. Se pretendía que el carácter “definitivo” del abandono quedara expresado y asegurado a través de su introducción a la Constitución alemana. Una enmienda constitucional de estas características hubiera sido un error fatal. Debido a la acumulación de contenidos en el texto constitucional, el proceso político sufriría crecientes limitaciones jurídicas, se dificultaría la búsqueda de consensos parlamentarios y se paralizaría la dinámica política. El argumento para contrarrestar la exagerada carga material de la constitución ya no es el reproche al “lirismo constitucional”, sino el cambio del funcionamiento democrático del Estado constitucional. El concepto de Ernst-Wolfgang Bockenförde que contrarresta el argumento anterior parte de la constitución como reglamento marco del proceso político e implica, al mismo tiempo, el

² Esta segunda parte de la Constitución Imperial de Weimar, con el título “Derechos y deberes fundamentales de los alemanes”, es un conjunto de normas, derechos y obligaciones fundamentales sin concepto ni metodología claros. La parte sobre derechos fundamentales en la Ley Fundamental del 1948-1949 es mucho más corta y no contiene enunciados programáticos, etc.

carácter necesariamente fragmentario de las constituciones. La validez de este concepto se extiende, más allá de la jurisprudencia constitucional, al proceso político. A la fundamentalidad de la constitución orientada a la política le corresponde el carácter fragmentario, con su conservación a conciencia de los márgenes de decisión. A diferencia de las opiniones tradicionales sobre las codificaciones, una constitución, por principio, carece de sistema y no tiene lagunas. Por esta razón, la doctrina del derecho público ha reclamado una “densidad y determinación media” del texto constitucional, y lo ha hecho al ser consciente de que resulta imposible establecer en todo momento una separación nítida entre el marco legal y los contenidos políticos, dado que se trata de preservar, y hasta de recuperar, ese carácter marco de la constitución. Por tanto, esta no define los objetivos políticos; por el contrario, habilita la política y cumple la función de salvaguardar el pluralismo.

2. La reserva constitucional y la primacía de la constitución, es decir, su carácter superior respecto del derecho ordinario, están relacionadas. Los repetidos reclamos por incluir fines y objetivos del Estado adicionales en la Ley Fundamental servirán para ejemplificar esta relación. Más allá de las disposiciones relativas a la estructura del Estado –república, Estado federal, democracia y Estado de derecho–, la primera versión de la Ley Fundamental incluía solamente el postulado del Estado social como definición de los fines de Estado, conjuntamente con el compromiso con la reunificación, la paz, Europa y la comunidad internacional. Más adelante se agregaron la protección medioambiental y el bienestar animal. Estos enunciados, que se enmarcan dentro del derecho constitucional objetivo, no generan ningún derecho subjetivo de los ciudadanos, aunque no dejan de tener efectos, porque a partir de su orden jurídico-constitucional superior respecto de la legislación inciden en la interpretación y aplicación del derecho ordinario. Sobre la base de su capacidad rectora modifican, asimismo, los derechos constitucionales subjetivos como, por ejemplo, los derechos fundamentales. En otras palabras, ante todo a partir de su primacía sobre el derecho ordinario inciden en la aplicación del derecho, por ejemplo, como aspecto para la ponderación de derechos. De esta manera, las determinaciones de objetivos de orden superior del Estado son investidas de una eficacia especial.

No obstante, se genera un problema: quien logra incorporar sus intereses en el texto de un nuevo fin del Estado constitucionalmente consagrado aumenta el peso de sus objetivos en relación con el proceso político en general. Si se “elevase” todo lo deseable al nivel constitucional, el efecto resultante de su primacía se desvanecería, o por lo menos se relativizaría. En consecuencia –y siguiendo la misma lógica–, se desencadenaría una carrera para definir quién sería el primero en poder introducir sus intereses

en la constitución. Y esto a pesar de la imposibilidad de diferenciar racionalmente los objetivos que deberían ser integrados a la carta de aquellos que no lo merecen. Es posible, desde la incorporación del principio del Estado social, en 1949, destacar la protección del medio ambiente, incluida en 1994, como otro fin preponderante del Estado. En cambio, resulta imposible establecer un orden racional que incluya al “Estado cultural”, el bienestar animal, el deporte, la “sustentabilidad” o la protección de las minorías, algo particularmente fuera de lugar ante la existencia de los derechos fundamentales que sirven para estos fines. No hace falta mucha fantasía para imaginarse que los actores políticos no tardarán en idear nuevas salvaguardias que merecerían una relevancia constitucional especial. Contra la tendencia ininterrumpida de introducir nuevas determinaciones de objetivos y fines de Estado podría objetarse que, de otorgar valor constitucional a todo, la idea constitucional podría verse afectada, pero el problema quedaría neutralizado, porque todo quedaría equiparado, aunque en un nivel superior. Sin embargo, no es así, porque se suspendería la naturaleza diferenciada del orden jurídico ordinario, es decir, de la legislación especializada, a favor de llamativas normas constitucionales. Asimismo, se asignarían funciones nuevas, a su vez problemáticas, a la jurisprudencia, más específicamente a la justicia constitucional y, en menor medida, a la jurisdicción especializada. La división del trabajo, tan importante, entre el derecho ordinario y el derecho constitucional, así como entre la jurisdicción ordinaria especializada y la justicia constitucional se lesionaría. Una vez más, las funciones de la constitución desaconsejan incrementar la carga material del texto constitucional.

3. Las constituciones no surgen en una oficina de proyectos, ni se diseñan en una mesa de dibujo para luego ponerlas en práctica. Casi siempre, estas son el producto de una situación histórico-política de envergadura existencial. Así fue en Alemania en 1918-19 (República de Weimar) y en 1948-49 (República Federal de Alemania). El profesor de derecho Bruce Ackerman, de la universidad de Yale, habla del *constitutional moment* necesario para la labor constituyente. La incorporación de determinados postulados materiales en el texto constitucional en uno de esos momentos resulta siempre de la voluntad de dejar sentadas determinadas decisiones básicas que representan el consenso constitucional. Esta es la razón por la cual en 1990 se incluyeron determinados contenidos en las nuevas constituciones de los estados federados del Este del país que no tenían cabida ni tendrían sentido en las constituciones de los estados del Oeste ni tampoco en la Ley Fundamental (Constitución federal de Alemania). Por tanto, agregar contenidos en el marco de un proceso constituyente es algo profundamente diferente a la introducción de contenidos durante la vida y vigencia prolongada de una constitución. En

este segundo caso, se trata de la contienda política diaria: ¿quién será capaz de sustraer un tema del enfrentamiento político de todos los días, al “elevanto” a la constitución? No se trata del entendimiento en torno a la cuestión de cómo un pueblo o una nación quiere convivir. Durante la creación de la Constitución en 1948-49, los consensos constitucionales se manifestaron en las fórmulas dilatorias destinadas a mantener abierta la opción de incorporar una disposición política material. En el caso de las enmiendas posteriores a la Constitución –por ejemplo, la integración de la posibilidad de y los límites a las escuchas en gran escala (*Großer Lauschangriff*) en el derecho fundamental de la inviolabilidad de la vivienda, en 1998– se logró una solución consensuada, que consistió en la incorporación a la Ley Fundamental de todos los detalles que deberían ser el objeto de la legislación de seguridad, lo que dio como resultado la desfiguración de aquel artículo constitucional.

Udo Steiner*

Estado social sin Constitución social**

La Constitución de Alemania, la llamada Ley Fundamental alemana (LF), no consagra derechos fundamentales sociales. Eso le da al legislador un amplio margen de apreciación en el momento de emitir su juicio. Durante 70 años, el control de constitucionalidad no ha representado una carga para el legislador. La política social tan solo llega a sus límites cuando se pierde la aceptación por parte de los ciudadanos.

La LF carece, por razones relacionadas con su creación, y a diferencia de la Constitución de Weimar de 1919, de una prescripción expresa de derechos representativos de la seguridad e igualdad sociales. De esta manera, la LF liberó a la política de la presión de justificarse frente a las garantías sociales constitucionales y, especialmente, frente a los derechos fundamentales sociales. Aquí la LF no promete nada que el Estado no pueda cumplir.

El orgullo social de la LF es el principio del Estado social (LF, art. 20, apartado 1 y art. 28, apartado 1, frase 1). Para descodificar su contenido jurídico, Hans Zacher precisa 125 páginas en su *Manual de derecho público alemán*. Al final llega a una conclusión decepcionante: frente a una certeza fundamental acerca de lo que dice en principio el objetivo social del Estado, existe una gran incertidumbre acerca de lo que ordena concretamente. El Tribunal Federal Constitucional no tenía que agotar este objetivo estatal normativamente porque, a lo largo de las décadas de existencia de la República Federal de Alemania, el legislador fue lo suficientemente activo en materia de política social.

El modelo constitucional es el Estado social de derecho; por mandato de la LF, su desarrollo compete sobre todo al legislador federal. Para decirlo una vez más, la LF no establece derecho social fundamental alguno, ni al trabajo, ni a la vivienda ni

* Exmagistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán y profesor emérito del Instituto del Derecho Público de la Universidad de Regensburg, Alemania.

** Publicado en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, “Die Ordnung der Wirtschaft”, 18 de abril de 2019. Traducido por Dieter Schonebohm, Marie-Christine Fuchs y Andrés Villegas.

a la seguridad social ni a la asistencia social, y aún así hoy en día nadie considera que la Constitución esté incompleta. La calidad social de un Estado depende mucho de su prosperidad y de su rendimiento económico, pero también de la voluntad política de implementar políticas sociales activas, más que de las garantías constitucionales.

El Estado social pertenece –y eso es lo decisivo– al patrimonio mental adquirido de los alemanes. Los franceses piensan que el “mito del Estado social” alemán se remonta al sentido comunitario de los antiguos germanos. Pero quizás sea más acertada la explicación de que la experiencia común de dos guerras mundiales hizo que los alemanes se acercaran más, por lo menos en la fase inicial de la legislación social alemana después de 1945: con la decisión de establecer rentas que pudieran sustituir los salarios y asegurar los estándares salariales, con la Ley de asistencia social, con las reformas del seguro social y, en especial, con la legislación para subsanar las consecuencias de la guerra y la injusticia. Es probable que no haya documento constitucional como la Constitución de Baviera de 1946, que tradujera con más énfasis en derecho constitucional el sentido comunitario que había nacido de la experiencia de las ruinas de la guerra. Casi nada amenaza tanto la reputación política como el reproche de la “frialdad social”.

El derecho social alemán tiene todo lo necesario para ganar prestigio en el mundo jurídico; un vastísimo campo jurídico codificado en su mayoría en los doce tomos del Código de Seguridad Social (SGB), una jurisdicción “propia” presidida por un tribunal supremo y un código procesal independiente, además de un derecho procesal específico para la administración social. Se observa ordenado y establecido, y sus actores se muestran seguros de sí mismos. Son pocas las áreas jurídicas que pueden reclamar con tanto fundamento la representación de la historia política, económica y social de la República Federal de Alemania como el derecho social. Este es percibido como complejo, pero resulta verdaderamente difícil “reducir” su complejidad. Para quien no tenga conocimientos del derecho social es indiferente si una ley se publica en alemán u otro idioma en el *Boletín Oficial Federal*.

La justicia social es un ideal que carece de fuerza vinculante. A la legislación social le resulta difícil, a menudo, evaluar su eficiencia –ambivalente en los efectos directos y secundarios–, puesto que su implementación puede quedar a cargo de terceros. Ello es fácil de comprobar a partir de algunos ejemplos: la “pensión para madres”, el anticipo de las pensiones alimenticias reformadas, la “jubilación a los 63”, o también la “renta básica”. El derecho social sufre un problema fundamental de igualdad. En algún momento, Ralf Dahrendorf lo formuló así: todos son iguales ante la Ley, después ya no.

Por eso, la legislación social es, antes que nada, ponderación política. Hay observadores que dicen notar que al derecho social alemán le resulta difícil adaptarse a los cambios a largo plazo que condicionan su funcionalidad –por ejemplo, en el caso de la renta legal–, pero que repetidamente aquel habría demostrado ser extraordinariamente eficiente cuando se trata de solucionar desafíos a corto plazo. Aquí se puede mencionar, en especial, la legislación de fomento del empleo.

En el archivo oficial del Tribunal Federal Constitucional es imposible encontrar un solo tomo que no contenga decisiones de una de sus salas en materia de derecho social. No obstante, los legisladores son amos y señores del ámbito del derecho social. La jurisdicción constitucional confirmó sus grandes decisiones conceptuales, por ejemplo, la reforma pensional de 1957, la transición hacia el sistema de pensiones de la Alemania unificada, el seguro obligatorio contra invalidez, la cobertura básica para quienes están a la búsqueda de empleo, o la implementación del seguro médico obligatorio. Los jueces constitucionales se limitaron en estos casos a correcciones más bien marginales.

El legislador dispone de las herramientas de una legislación social práctica; en concordancia con la LF, puede tomar decisiones en cuanto a la generalización, la tipificación de la competencia, la fijación de plazos y también, bajo ciertas circunstancias, ordenar efectos retroactivos extraordinarios. Casi nunca han surgido conflictos de competencia por esta razón. Es cierto que en 2015 fracasó la ley de asignación por hacerse cargo de los hijos debido a la delimitación de las competencias legislativas del artículo 72, apartado 2 de la LF. Pero ello se trató más bien de un caso aislado.

El legislador tiene un amplio poder discrecional sobre lo que deben proveer los sistemas del derecho social. El Tribunal Federal Constitucional nunca se ha basado exclusivamente en el principio del Estado social para reconocer derechos particulares directos. Se calcula que el derecho fundamental al trato igualitario –consagrado en el artículo 3, apartado 1 de la LF (más bien un derecho fundamental defensivo)– predomina en más de la mitad de las decisiones de las salas del Tribunal Federal Constitucional relativas al derecho social. El derecho a la igualdad es la reina de las normas en esta materia, y esto no es casualidad. La igualdad ante la ley es una de las pocas normas fundamentales de nuestra sociedad con la que todos están de acuerdo. Sin embargo, la política social no está exenta de la obligación de contribuir a la igualdad de oportunidades sociales. Por eso, cada vez más se menciona la formación y el derecho a la educación en relación con el derecho social.

El principio de igualdad solo desarrolla fuerza vinculante en conjunto con otros derechos fundamentales. Ello se hizo evidente con la decisión –no muy popular entre los expertos– del Tribunal Federal Constitucional sobre la inclusión del periodo de educación de los hijos en el sistema de contribuciones al seguro de dependencia. Al extender, bajo ciertas condiciones, la protección de la propiedad a determinadas posiciones del derecho público, el Tribunal Federal Constitucional adoptó una definición bastante generosa del marco de protección del derecho a la propiedad con arreglo al artículo 14 de la LF. Si bien esa interpretación generó confianza, no conllevó consecuencias prácticas significativas.

Por último, se dio un aspecto políticamente importante: el Tribunal Federal Constitucional no le impuso al Estado social prohibición general alguna de regresividad, ni dedujo de la LF ninguna garantía del *statu quo* sociojurídico en tiempos difíciles en materia fiscal. Incluso, el sistema de pensiones de la República Federal, como tal, tampoco goza de la protección constitucional de los derechos fundamentales

adquiridos. Los legisladores podrían establecer la protección social sobre bases diferentes, por tanto, está a disposición de cada periodo legislativo.

En su conjunto, el control constitucional nunca ha significado una carga para la legislación social alemana; dicho control no ha reducido sobremanera los espacios de configuración sociopolítica. No abundan los conflictos constitucionales del legislador. Ninguna entidad de previsión social tuvo que retroceder cuando se había apoyado en la legislación para captar nuevos clientes entre la ciudadanía. No hubo ningún caso en el que el Tribunal Federal Constitucional dejara a los contribuyentes la posibilidad de sustraerse de la obligación de contribuir a la previsión social. Siempre ha prevalecido la idea de la solidaridad. Los jueces constitucionales comprenden al legislador, que se muestra preocupado porque quienes carecen de seguros contra los grandes riesgos de la vida podrían convertirse en una carga para la comunidad constituida como Estado.

Esta es una posición que podría ser objeto de críticas. Se sabe que la posición del legislador parlamentario es difícil en una sociedad como la alemana, tan exigente, proclive a la controversia, consciente de sus derechos adquiridos y sensible respecto de la igualdad. Hubo un tiempo en el que Alemania era más humilde. Por eso, el Tribunal Federal Constitucional apoyó al legislador al restarle al principio del Estado social la legitimación de convertir problemas particulares y grupales en objeto de su trabajo por el bienestar común, y de servirse para esto de instrumentos que creen obligaciones y cargas a terceros con el fin de solucionar esos problemas. Hans Zacher lo formuló con claridad: El Estado social solamente puede conceder derechos, si también tiene la capacidad de obligar.

Gracias al principio del Estado social, la garantía del derecho al trabajo tiene rango constitucional. Es un derecho fundamental desarrollarse como persona mediante el trabajo y así alcanzar respeto y dignidad (LF, art. 1, ap. 1, y art. 2, ap. 1). Gracias a este derecho fundamental, los legisladores tienen el mandato de intervenir en los derechos constitucionales de los interlocutores sociales y de las partes intervinientes en las negociaciones colectivas.

Tardíamente, el Tribunal Federal Constitucional solicitó al legislador que la normativa social mejorara las prestaciones sociales. Se trata de las conocidas decisiones de la Primera Sala sobre el derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital (sociocultural) en condiciones de dignidad, con arreglo al artículo 1, apartado 1 de la LF, en concordancia con el principio del Estado social del artículo 20, apartado 1 de la LF. En el deporte se habla de una ofensiva controlada. Resulta interesante que esas decisiones hayan sido tomadas a partir de modelos de sentencias del Tribunal Federal de Asuntos Sociales (BSG) y otros tribunales sociales. Se trata de modelos de sentencias existentes en la tradición de la justicia social alemana que se ha caracterizado por el respeto a la Constitución y el papel activo de sus partes.

La fuerza del Estado social alemán reside, en buena medida, en su fundamento profesional y, sobre todo, en la estructura de la jurisdicción social de tres instancias. Hay una gran demanda de protección legal social, lo que se evidencia en la

muestra de confianza de los ciudadanos. Definitivamente, no se debe subestimar la responsabilidad del Tribunal Federal de Asuntos Sociales en el estado actual de la legislación social alemana. Mediante sus interpretaciones este genera homogeneidad y claridad legal, por ejemplo, en relación con el derecho al seguro básico para quienes se encuentran en búsqueda de empleo (tomo II del Código Social), y desarrolla la legislación con precaución, pero con determinación, por ejemplo, moldeando el derecho a las prestaciones del seguro médico obligatorio. Se podría hablar de la justicia social como la “fiduciaria” del Estado social (Irmgard Kellendorf).

La discusión acerca de la ética judicial también hace parte de la imagen de la justicia social alemana. Primero: a toda ética le preceden las obligaciones legales de cada juez y su juramento profesional, que no podría ser más exigente. El estricto principio de legalidad determina también la profesión del juez social y justifica su independencia. No hay ninguna ética especial del juez social, ningún principio de legalidad con un valor ético añadido. El juez no cumple el papel de un Robin Hood en el derecho social, pero existen particularidades que se pueden destacar sin caer en un romanticismo judicial de sala de audiencias; sin perjuicio de todo profesionalismo de los involucrados en el proceso, lo que es una exigencia legítima para todos ellos es la capacidad de empatizar y comprender las condiciones existenciales y los problemas de la vida que a menudo les pueden ser ajenos a los jueces.

Segundo: a los tribunales de asuntos sociales, sobre todo a los de primera instancia, muchas veces no solo se les presenta un caso, sino un problema vital. En condiciones ideales, la audiencia oral en la causa puede servir como una oportunidad para tomar medidas que generen confianza; para explicarle la legislación vigente al demandante; para convencerlo, quizás, de la legalidad de una decisión administrativa; para aclarar dudas respecto del procedimiento administrativo; para acercarse al demandante con empatía, y para discutir su caso exhaustiva y sustancialmente. Para muchas personas las prestaciones del Estado social cumplen un papel decisivo frente a la cuestión de si se sienten o no parte del Estado y de la sociedad, o si tienen una actitud hostil frente a estos. Entonces, la legislación social resulta un “derecho capaz de sostener el Estado” y ofrece una posibilidad única de inclusión.

Como tercer pilar de la legislación social –aparte de los legisladores y de la jurisdicción social– se pueden mencionar las especializaciones en derecho social que las universidades y otras instituciones de educación superior ofrecen. En Alemania, tales especializaciones no son demasiado comunes, aunque sí muy presentes y productivas, lo que se hace evidente en la gran lealtad hacia su objeto de estudio. Si se les mide de acuerdo con la importancia que reviste el derecho social para el Estado y la sociedad, a los estudios de derecho social les hacen falta docentes y estudiantes en las facultades de derecho alemanas. Pero esta área recibe apoyo mediante la investigación y la docencia en las universidades, a través de las cátedras impartidas por jueces y juezas de asuntos sociales, y mediante el impresionante volumen de publicaciones y comentarios de la jurisprudencia social, especialmente del Tribunal Federal de Asuntos Sociales. Sin embargo, lo que falta en las universidades, a pesar

de las atractivas oportunidades laborales en el ámbito de la jurisdicción social, es una amplia demanda estudiantil de derecho social. Las ramas específicas del derecho laboral, de salud y de medicina tienen que posicionarse en la vanguardia de las ofertas de especialización.

La legislación social ha avanzado hacia su propia dogmática. Las ciencias del derecho social generan lo que las ciencias jurídicas deben aportar siempre: sistemas y taxonomías, estructuras, tradiciones de pensamiento, tipologías, pensamiento institucional, terminología, consistencia y organización de la materia jurídica. Y esto es necesario porque la legislación social de hoy no nació a partir de un “plano de construcción de un arquitecto maestro en legislación” (Michael Stolleis). Al hacer un balance, es difícil “extrapolar una dirección común” (Alexander Graser) de la transformación del derecho social en las últimas décadas. No obstante, también es cierto que las ciencias del derecho social deben ocuparse de la dogmática de dicho derecho, aunque su tarea consiste también en acompañar a la legislación social de manera crítica y constructiva. En la legislación social nunca sobrára disponer del conocimiento de expertos externos.

Conclusión. El Estado social es objeto de una discusión que se reaviva con casi todos los nuevos pasos que da el legislador en esta materia. En una comunidad sin límites respecto de las tareas del Estado, pero con recursos limitados, el Estado social compete –como objetivo estatal que representa una carga muy importante para el presupuesto nacional– con otros objetivos de este. Helmut Schelsky dijo una vez que el Estado social de hoy gasta la energía estatal que antes estaba a disposición del Estado cultural. A esta afirmación se le podría responder que la política social en Alemania sigue siendo la “política del centro” en un sentido político-normativo. Ella es consciente de que la responsabilidad personal propia forma parte de la concepción del ser humano que subyace a la Ley Fundamental, y que el legislador tiene el derecho, y hasta la obligación, de exigirle al individuo su ejercicio. No hace falta redefinir el camino.

Lo que siempre es imprescindible para la reputación del Estado social es que sus beneficios tienen que llegar a su destino. Tampoco puede el legislador del derecho de la seguridad social apoyarse exclusivamente en su derecho de obligar al ciudadano. Hoy más que nunca debe cuidar que los sistemas de la seguridad social que apruebe sean aceptados (lo que incluye la aceptación de las contribuciones y los aportes).

Siempre habrá novedades en el derecho social. En esta materia, la legislación social es un *perpetuum mobile*. La reforma del derecho a la indemnización de las víctimas por el Estado ya está en camino, y la inclusión y la migración siguen siendo desafíos para el legislador. Las grandes cuestiones sistémicas siempre estarán presentes cuando, por ejemplo, compiten entre sí las respuestas del derecho público y del derecho privado a los desafíos de la seguridad social, también con el trasfondo de la prevención de la pobreza. Otros temas inevitables son la digitalización y el cambio demográfico. En la agenda estarán, asimismo, la inmigración, la definición de prioridades y racionamientos en la medicina, las cuestiones de la libertad social

en la Unión Europea, la relevancia de los derechos sociales fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros. También, para la legislación de la Unión Europea vale la máxima de que quien siembra derechos fundamentales cosecha jurisprudencia. Pero no hay apuro con la europeización del derecho social; probablemente no haya campo político donde se les exija tanta responsabilidad directa a los actores nacionales como en las cuestiones de ordenamiento social.

I. Avances y desafíos del constitucionalismo en Latinoamérica

1.1. Constitución e identidad constitucional de los países latinoamericanos

- María Isabel Urquiza (Argentina)
El constitucionalismo en el último centenario de la Independencia argentina (1916-2016)
- Andrés Cervantes Valarezo (Ecuador)
Avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano: la garantía de rigidez y construcción de identidad constitucional
- Paúl Córdova Vinueza (Ecuador)
Nuevos derechos en viejas constituciones.
La arquitectura institucional del presidencialismo fractura la historia del constitucionalismo en Ecuador
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)
Cambios y desafíos de las reformas constitucionales de los últimos 25 años en la República Dominicana
- Omar Sar Suárez (Perú)
El control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018)
- Emerson Affonso da Costa Moura (Brasil)
30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático
- Francisco Franco Soto (República Dominicana)
El Tribunal Constitucional de la República Dominicana: siete años de una nueva justicia constitucional (2011-2018)
- Agustín Grijalva Jiménez (Ecuador)
José Luis Castro-Montero (Ecuador)
Reelección presidencial indefinida y reforma constitucional en América Latina: análisis comparado de los casos de Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia

I.2. Democracia, libertad de expresión y acceso a la información pública

- Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)
Democracia, participación y descentralización en la consolidación del Estado democrático y social de derecho

- Pablo Roberto Toledo (Argentina)
Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar
- Milton Ray Guevara (República Dominicana)
Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional dominicano en materia de libertad de prensa y de expresión.
Estudio de casos. Lecciones aprendidas y experiencia comparada

I.3. Progresos y desafíos en materia de derechos sociales y en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México)
El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su impacto en las personas mayores
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Rosana Helena Maas (Brasil)
Desafios e perspectivas do direito fundamental social à saúde nos 30 anos da Constituição Federal brasileira: da programaticidade à judicialização
- Silvia Serrano Guzmán (Colombia)
El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- María Elena Attard Bellido (Bolivia)
Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional un modelo polifónico de justicia constitucional?
- Juan C. Herrera (Colombia)
Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes
- Héctor Fernández Vázquez (Venezuela)
La protección judicial de los derechos colectivos y difusos en Venezuela
- André Luiz Pereira Spinieli (Brasil)
Letícia de Paula Souza (Brasil)
Pessoas com deficiência e o direito à cidade: pensando a acessibilidade urbana

I.4. La compleja relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno: del principio de subsidiaridad

- Andrea Desirée Rabanales de la Roca (Guatemala)
El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable.
Mecanismo dialógico entre la Corte IDH
y los tribunales constitucionales
- Víctor Bazán (Argentina)
Modalidades y praxis de control constitucional de los tratados
internacionales en algunos Estados latinoamericanos
- Felipe de la Mata Pizaña (México)
Alfonso Herrera García (México)
Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción
en el sistema interamericano de derechos humanos
- Óscar Parra Vera (Colombia)
Mónica Trespacios Leal (Colombia)
Desafíos para el cumplimiento de la obligación de investigar,
juzgar y sancionar emitida por la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en casos colombianos

I.5. Separación de poderes, independencia judicial y activismo jurídico

- Diana Fajardo Rivera (Colombia)
¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos?
Reflexiones sobre el activismo judicial
y su impacto en el sistema constitucional colombiano
- Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia)
Alfio M. Russo (Suiza)
Elección popular de jueces en Bolivia: aportes
del derecho constitucional comparado al debate

I.6. Derecho penal y constitución

- Héctor Alberto Pérez Rivera (México)
La muerte del derecho penal: la constitucionalización
del derecho victimal como elemento central de la reforma
del sistema de justicia mexicano del año 2008
- Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski (Brasil)
Bruna de França Hungaro (Brasil)
Prisão com condenação em segunda instância: afeta a presunção
de inocência exposta na constituição brasileira?

María Isabel Urquiza * (Argentina)

El constitucionalismo en el último centenario de la Independencia argentina (1916-2016)**

RESUMEN

En el presente artículo se muestran características distintivas del periodo que abarca del primer al segundo centenario de la Independencia argentina (1916-2016). Asimismo, se presentan testimonios de protagonistas visibles o no tan visibles que aportaron a la construcción del mundo jurídico. El texto se divide en dos etapas que van de 1916 a 1994, año este de la reforma más reciente de la Constitución nacional y de 1994 a 2016, año en que se cumplió el segundo centenario. No se pretende exhaustividad, sino presentar algunas claves de la época, especialmente las que impactan el presente.

Palabras clave: Argentina, centenario, constitucionalismo.

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Artikel sollen einige für den Zeitraum zwischen dem hundertsten und dem zweihundertsten Jahrestag der Unabhängigkeit Argentiniens (1916-2016) wesentliche Merkmale herausgearbeitet werden. Daneben kommen allgemein bekannte, aber auch nicht so bekannte Zeugen zu Wort, die einen Beitrag zum Aufbau der Rechtsordnung geleistet haben. Der Text ist in zwei Etappen gegliedert: von 1916 bis 1994, dem Jahr der jüngsten Verfassungsreform, und von 1994 bis 2016, dem zweihundertsten Jahrestag der Unabhängigkeit. Der Beitrag strebt keine erschöpfende Darstellung an, sondern beschränkt sich insbesondere auf Schlüsselereignisse der genannten Epoche, deren Wirkung sich bis in die Gegenwart erstreckt.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora adjunta, Facultad de Derecho, UNC; profesora titular de Abogacía, Universidad Blas Pascal, Córdoba; y directora de equipo de investigación Secretaría de Ciencia y Tecnología (SECyT), UNC. marisaurquiza@gmail.com

** A mi maestro, el profesor emérito doctor Fernando Martínez Paz (*in memoriam*). El presente artículo forma parte de un texto inédito más extenso titulado “200 años de constitucionalismo argentino”, reconocido con el Premio Bicentenario por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

Schlagwörter: Argentinien, Jahrhundert, Konstitutionalismus.

ABSTRACT

This article seeks to show the distinctive characteristics of the period from the first to the second centenary of Argentine Independence (1916-2016). It also presents the testimony of visible or not-so-visible protagonists who have contributed to the construction of the legal world. The text is divided into two stages, one from 1916 to 1994, the year of the most recent reform of the National Constitution, and the other from 1994 to 2016, the year in which the second centenary was completed. It does not purport to be exhaustive, but it presents some key facts of the period, especially those that have an impact on the present.

Key words: Argentina, centenary, constitutionalism.

Introducción

Si bien el constitucionalismo tiene larga data, en el presente estudio me centraré en la construcción del constitucionalismo argentino en el periodo entre el primer y el segundo centenarios de la Independencia argentina.¹ Procuraré mostrar características del periodo, estados de conciencia y testimonios de diversos protagonistas claramente visibles y de otros menos visibles en cada momento clave. No pretendo exhaustividad, ya que sería imposible en estas páginas, sino que procuraré valermé de determinados elementos clave en estos dos siglos que hayan significado un aporte a la construcción del mundo jurídico. Estructuralmente, presentaré dos etapas: la primera de 1916 a 1994 y la última de 1994 a 2016.

1. Primer y segundo centenario (1916-2016)

El Centenario de la Declaración de la Independencia tuvo un fuerte valor simbólico.² En ese mismo año de 1916 asumió Hipólito Yrigoyen, quien fuera el primer presidente electo por voto secreto, obligatorio y masculino. Eran los primeros pasos

¹ El constitucionalismo podría asimilarse a una larga trayectoria que, no obstante la búsqueda de distintos fines concretos en el curso de la historia, ha perseguido y ha realizado una cierta organización de la vida política de acuerdo con normas jurídicas positivas o no. Y si se acepta que toda constitución, aunque sea no escrita, cumple un mínimo de justicia, aun cuando solo intente organizar la vida estatal, el constitucionalismo implica una etapa en el acercamiento a aquel valor tanpreciado.

² “La Declaración de Independencia fue al principio un texto escrito, con razones fundadas, fruto de la deliberación y el consenso de un pequeño grupo. Una vez que esas palabras soportaron los desaires de la discordia y lograron sobrevivir, comenzó otro torneo acerca de los significados. Sobre las tragedias que arrastraron a unos y otros –el destierro, la muerte, el olvido y el castigo en esas ‘cruelles provincias’– los intérpretes del ochocientos y principios del novecientos colocaron esas palabras en una matriz capaz de convertirlas en creencias

de la democracia.³ En este contexto, la Corte continuaba con su credo positivista. Sin embargo, los tremendos cambios venideros a raíz de la Gran Guerra afectarían a toda la Argentina.

1.1. Primera etapa: 1916 a 1994

En 1922, en el alto tribunal se planteó por primera vez el problema de afrontar una emergencia nacional. Debido a la grave crisis habitacional, que afectaba sobre todo al proletariado luego de la Primera Guerra Mundial, el Congreso sancionó la Ley 11.157 que establecía un alquiler máximo para habitaciones, casas de familia y departamentos por un periodo de dos años. Un inquilino, Agustín Ercolano, realizó depósito judicial del monto a pagar por concepto de locación de acuerdo con lo establecido por la nueva ley. La propietaria, Julieta Lanteri de Renshaw, impugnó la constitucionalidad de la ley argumentando que violaba su derecho de propiedad.

La Corte, en un extenso fallo, se divide. La mayoría la integraban Dámaso E. Palacio, Ramón Méndez⁴ y José Figueroa Alcorta,⁵ y la disidencia, Bermejo. Por primera vez, la Corte rompe su unanimidad en materia económica. Bermejo, en sus 30 considerandos, se mantiene firme en una interpretación de la Constitución aislada de los cambios sociales. Así, en el Considerando 13 *in fine* afirma respecto de la carta magna: “No hay circunstancia que autorice una desviación porque su significado no se altera. Lo que significó al ser adoptada, significa ahora y continuará significando mientras no sea reformada con las solemnidades que prescribe el art. 30”.

Como expresa Alfredo Palacios, “votó solo, en disidencia. Era el último representante del liberalismo económico que repudiaba la intervención del Estado”.⁶ Sin embargo, Bermejo tenía razón y quizá pueda decirse que sus palabras fueron proféticas. Sus argumentos resuenan aun hoy, en una Argentina con una extensa

fundadoras de un orden legítimo” (Natalio Botana, *Repúblicas y monarquías. La encrucijada de la Independencia*, Buenos Aires, Edhasa, p. 261).

³ “Representaba los anhelos y las angustias de las masas descontentas de la República, en la que primaba su prestigio, su carácter nacional. Su programa era harto simple: el cumplimiento de la Constitución Nacional. Programa vago pero promisor de fuerte raigambre moral. Abatir los feudos provinciales, destruir la inmoralidad administrativa y política y asegurar el mejoramiento social, adquiriría en cierto modo el halo místico de lo desconocido, personificándose en la figura de su dirigente máximo, Hipólito Yrigoyen” (Fernando Sabsay, *Los presidentes argentinos. Quiénes fueron, qué hicieron, cómo vivieron*, Buenos Aires, El Ate-neo, 2003, pp. 221 y 222).

⁴ Había ingresado a la Corte en 1919 en lugar de Mauricio Daract. Permaneció hasta 1927.

⁵ Fue designado en 1915 en lugar de Lucas López Cabanillas. Estuvo hasta 1931. Recordemos que fue el presidente de la nación durante el primer centenario. Se desempeñó en los tres poderes del Estado.

⁶ Alfredo Palacios, *La justicia social*, t. I: *Concepto filosófico de la justicia*; t. II: *Desarrollo histórico de la idea de justicia social*; t. III: *La justicia social en el Río de la Plata, desde antes de la emancipación hasta 1943*, Buenos Aires, Claridad, 1954, p. 426.

emergencia económica, en la que los gobiernos dispusieron de distinto modo de la propiedad de los argentinos.

En la década de los treinta, la mayoría de los ministros que entonces formaban parte de esta Corte apoyaron el golpe de Estado que, en septiembre de 1930, derrocaba y encarcelaba al presidente constitucional Hipólito Yrigoyen. En 1932, gobernaba el general Justo, quien legitima la práctica corrupta y antidemocrática de lo que él mismo llamó “fraude patriótico”.⁷ Al mismo tiempo, la sociedad iba cambiando vertiginosamente y una nueva expresión del constitucionalismo convivía con el anterior: el constitucionalismo social.

En relación con estas ideas, determinados sujetos empezaron a hacerse visibles. Recién en 1926 se consiguió, luego de años de arduas luchas, la Ley 11.357⁸ sobre capacidad civil femenina. Esta expresión normativa significó la primera remoción de inferioridad de género consagrada en el complejo normativo civil.⁹ Sin embargo, aún quedaba mucho por delante. El acceso a los derechos políticos de las mujeres recién se consiguió en la década de los cuarenta. No obstante, tiempo atrás, una mujer logró sufragar en nuestro país. Curiosamente, se trataba de Julieta Lanteri de Renshaw (1873-1932).¹⁰ Treinta y seis años antes de la ley de sufragio femenino, la doctora. Lanteri, argentina naturalizada, votó en las elecciones municipales el 26

⁷ En julio de 1931, Marcelo T. de Alvear escribe en “Manos crispadas me alejan”: “La ética de las autoridades que se declaran revolucionarias investiga en forma detonante los pequeños hurtos de la administración; pero considera legítimo el hurto de hecho, ante la faz del mundo, de toda la voluntad de un pueblo, expresada en urnas indiscutidas, como ha ocurrido en el primer Estado argentino [se refiere al triunfo radical en la provincia de Buenos Aires el 5 de abril]. Para evitar que contra ellos se proteste, se llenan las cárceles con presos políticos y con estudiantes. Por primera vez en la historia nacional, se oye hablar de las espantosas torturas medievales, aplicadas con entonación tenebrosa. Los jueces que habían dado fundamentos jurídicos al gobierno ‘de facto’ sobre la base de su juramento de respetar nuestra Constitución, formulado en nuestra plaza histórica y en presencia del pueblo congregado, son separados de sus puestos, cuando contrarían la voluntad del gobierno, por el mero hecho de poner en ejercicio los recursos de amparo a la libertad individual, que había declarado subsistentes nuestra Corte Suprema de Justicia” (citado en Fernando Sabsay, *op. cit.*, pp. 257 y 258).

⁸ *Boletín Oficial*, 23 de septiembre de 1926.

⁹ “La opinión especializada se refirió a esto –y a menudo se refiere– como a un paso que significó la adquisición de la ‘capacidad civil plena’ por parte de las mujeres. En realidad, cayeron las trabas más escandalosas: ya no fue necesario pedir al marido autorización para estudiar, profesionalizarse, comerciar, testimoniar o pleitear. Tampoco el marido administraba los bienes que la esposa había adquirido antes del matrimonio, aunque éste siguió al frente de la administración conyugal. Comprar, vender o cualquier forma de contrato requería autorización del marido; la patria potestad siguió siendo una facultad de los padres varones y el domicilio conyugal era fijado por el marido. En buena medida, la codificación social que se abrió paso durante el desarrollo del Estado de bienestar siguió con estricta fidelidad el dictado patriarcal, apegado al reconocimiento del papel fundamental del varón productor” (Dora Barrancos, *Mujeres en la sociedad argentina. Una historia de cinco siglos*, Buenos Aires, Sudamericana, 2007, p. 139).

¹⁰ Fue la persona demandada en el Caso “Ercolano” (1922), al que nos referimos antes.

de noviembre de 1911, siendo así la primera mujer latinoamericana que ejercía sus derechos políticos.¹¹

La mutación constitucional que simbolizó el constitucionalismo social podrá compararse con la expresión sacra de transustanciación. Y así fueron los cambios vivenciados por la sociedad argentina con el arribo del peronismo.¹² En este sentido, el 9 de abril de 1947 se sancionó la Ley 13.010¹³ sobre derechos políticos de la mujer, también conocida en su época como “Ley Evita”, que ampliaba de este modo la

¹¹ También fue la primera mujer en participar en la arena política como candidata en las elecciones nacionales de 1919 por el Partido Feminista Nacional. En su candidatura a diputada nacional incluyó propuestas como, por ejemplo, el reconocimiento de la madre como funcionaria de Estado. Debemos tener en cuenta que entonces la que regía el trabajo de mujeres y niños era la Ley 5.291 de 1907. Dicha ley solo contemplaba como posibilidad el que la madre trabajadora dejara de concurrir a sus tareas luego de alumbrar, ya que no había licencia alguna previa al nacimiento del hijo, ni tampoco ningún pago o retribución para la licencia posterior al parto. Julieta Lanteri de Renshaw, asimismo, protagonizó el primer acto sufragista callejero de Argentina en 1919, en la Plaza Flores, en la esquina de Rivera Indarte y Rivadavia. Su actitud tuvo un efecto multiplicador. El socialismo incluyó en tercer lugar en su lista a Alicia Berón de Astrada. La Unión Feminista Nacional, por su parte, realizó simulacros de voto femenino, a los que concurrió, por supuesto, la doctora. Lanteri. Sin embargo, la primera mujer electa en Argentina fue la doctora Ema Acosta, en 1934, quien había ganado por sufragio una banca en la Legislatura de la Provincia de San Juan. En 1928, el juez federal y luego la Cámara de Apelaciones de la Plata desestimaron el pedido que hiciera Julieta Lanteri de que se ordenase a las autoridades militares su enrolamiento en el Ejército para poder inscribirse en el padrón electoral. Interpuso recurso extraordinario ante la Corte, la que confirmó la sentencia apelada (Fallos, 154: 289-292). “En 1947, cuando la Cámara de Diputados debatió el tema del sufragio femenino, López Serrot dijo refiriéndose a Julieta Lanteri: ‘Su recuerdo ha de estar vivo en la retina de muchos de los señores diputados, contemplándola parada sobre los bancos de las plazas de la ciudad de Buenos Aires, con su clásico vestido blanco y gritando a los cuatro vientos sus deseos de votar y hasta la aspiración de ser elegida diputada nacional para ocupar una banca en este Congreso’” (Araceli Bellota y Julia Matesanz, “Julieta Lanteri, primera sufragista de América Latina”, *Todo es Historia*, núm. 278, agosto de 1990, pp. 30-31).

¹² El fenómeno del peronismo o justicialismo abrió capítulos de especialización en ciencias sociales y humanas. Siguiendo a Héctor B. Petrocelli, el justicialismo puede ser considerado como el tercer gran movimiento popular argentino; el primero fue el federalismo y el segundo, el radicalismo. Sus componentes fueron populistas, cristianos, nacionalistas y proteccionistas. Asimismo, significó una tercera posición ideológica frente al liberalismo capitalista y al marxismo colectivista. Sus ideas fuerza fueron: justicia social, independencia económica y soberanía política. Se presentó más como un movimiento que como un partido político. Como los movimientos anteriores, fue policlasista. Hizo hincapié más en la igualdad que en libertad (cfr. Héctor B. Petrocelli, “El justicialismo”, en *Historia constitucional argentina*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2009). Sin embargo, al haberse presentado el justicialismo o peronismo a lo largo del tiempo en distintas variantes, estudiosos provenientes de diversas perspectivas se refieren a dicho fenómeno como: “el peronismo” (1943-1955) (Peter Waldmann, *El peronismo: 1943-1955*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986); “los tres peronismos” (1946-1955, 1973-1976, 1989-1999) (Ricardo Sidicaro, *Los tres peronismos*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002); “los cuatro peronismos” (1945-1955, 1955-1973, 1973-1976, 1989-1999) (Alejandro Horowicz, *Los cuatro peronismos*, Buenos Aires, Edhasa, 2007).

¹³ *Boletín Oficial*, 27 de abril de 1947.

ciudadanía y permitía que las mujeres, al igual que los hombres, tuvieran un papel activo y movilizador.

La legislación con contenido social fue abundante, en un contexto de expansión de la clase media y la formación de una clase obrera consolidada por el peronismo, que se benefició con la redistribución de la riqueza, fruto de hacer operativa la justicia social.¹⁴ Sin embargo, se hacía necesaria una constitución que abandonara el tinte liberal e individualista y adoptara, en cambio, una clara identidad social, atenta a los avances de la época en esta materia y al proyecto peronista. En este orden de ideas, el Congreso sanciona la Ley 13.233 de 3 de septiembre de 1948, la cual declaraba indispensable “la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación” (art. 1). La mayoría, peronista, fundamentaba la reforma en la importancia de adecuar nuestra Constitución a la corriente del constitucionalismo social, surgido en el mundo a principios de ese siglo y que ya había tenido expresión concreta en las dos posguerras.¹⁵ Paralelamente a esas motivaciones de orden social, la mayor parte de nuestra doctrina sostiene que el *leit motiv* de la reforma constitucional fue la modificación del artículo 77 de la ley suprema, a fin de permitir la reelección del entonces presidente Perón.¹⁶

¹⁴ En este orden de ideas, una de las características del constitucionalismo social es tener como eje la justicia social, por lo cual el Estado interviene procurando igualación social a través de la reparación, la inclusión y la integración, especialmente de sujetos necesitados y menos visibles como los trabajadores, los ancianos, las mujeres, entre otros. Solo así podría hablarse auténticamente de democracia. En este sentido, podemos ubicar logros de la Secretaría de Trabajo, en un primer momento, como creación del fuero laboral mediante Decreto 32.347 de 30 de noviembre de 1944; extensión de la indemnización a todos los trabajadores por despido, prevista en la Ley 11.729, Decreto 33.302 de 1943, vigente hasta la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo; estatutos de peón del campo (Decreto 194 de 1944) y del periodista (Decreto 761 de 1944, ratificado por Ley 12.908). También pueden mencionarse, entre otras obras, que miles de personas fueron beneficiadas con la jubilación; que se creó el Hospital Policlínico para trabajadores ferroviarios; que se prohibieron las agencias privadas de colocaciones; que se crearon escuelas técnicas, dirigidas a obreros; que se firmaron 500 convenios colectivos destinados a miles de trabajadores; que se estableció el sueldo anual complementario o aguinaldo.

¹⁵ “Cuando una Constitución ha perdido vigencia histórica porque la realidad se ha despareado de ella, debe abandonarse la ficción de una positividad que no existe, y adecuarla a la nueva situación, para que siempre sea para los gobernados lo que Maurice Amos dice de la Constitución inglesa: una religión sin dogmas. Además, si se acogen en la ley fundamental la realidad surgida por exigencias de la justicia, el nuevo orden social-económico, y la garantía de una efectiva vigencia de los derechos sociales del hombre, se atajan las posibilidades de que un vaivén reaccionario, jurisprudencial o legislativo, eche por tierra el edificio alzado sobre la base de la justicia social, so pretexto de cumplir las normas de la Constitución” (Arturo E. Sampay, “Despacho de la Comisión Revisora sobre la Reforma Constitucional que fue sancionado por la Convención nacional Constituyente. 2.- Ideas fundamentales que orientan la reforma”, *Anales de Legislación Argentina*, t. IX-A, Buenos Aires, La Ley, 1949, p. 51). Me pregunto si Arturo Sampay no se habrá adelantado, con estas palabras, a lo que décadas después acontecería en Argentina.

¹⁶ Cfr. Helio J. Zarini, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 248.

La reforma constitucional de 1949 consagró la idea rectora y directriz de la justicia social a través del texto del preámbulo y del articulado. En particular, en el Preámbulo se incorporaron los fines perseguidos de promover la cultura nacional y se ratificó “la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”.¹⁷ Entre otros muchos aspectos, incorporó la defensa de la democracia y las libertades individuales y se dedicó todo un capítulo a los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura, mientras que la propiedad privada ahora debía tener una función social acorde con las exigencias del bien común; a ello se sumó la reelección presidencial, en tanto que la Corte Suprema era declarada tribunal de casación y se suprimía el juicio por jurados.¹⁸

La Corte de este periodo tuvo como protagonista destacado a Tomás Casares (1895-1976), representante del constitucionalismo social, quien ingresó al alto tribunal en 1944 y permaneció en este hasta 1955. Fue el único disidente en este periodo y el único que no fue destituido en 1946.¹⁹ Como expresara monseñor doctor Octavio N. Derisi sobre Casares: “había nacido para ser juez [...]. Ejerció la magistratura inspirado en la justicia”.²⁰ Se inició en el Poder Judicial siendo muy joven y continuó ascendiendo en distintos cargos hasta llegar a ser presidente de la Corte Suprema

¹⁷ “Justicia social, libertad económica y soberanía política son los tres fundamentos capaces de dar fueros de grandeza a cualquier pueblo, aun a aquellos que cuentan con menores posibilidades morales y materiales que el nuestro. Para la República Argentina son lisa y llanamente las causas eficientes de su ascenso al primer plano en el concierto de las naciones progresistas de la tierra. De ahí que el Preámbulo de la nueva carta magna consagre expresamente esa trilogía suprema de la voluntad nacional, ese desiderátum del alma argentina, ese triple anhelo de la vida histórica y de la más cara vocación de nuestro pueblo” (Sampay, *op. cit.*, p. 64).

¹⁸ A pesar de que la reforma constitucional de 1949 eliminó la figura del juicio por jurados de la Constitución de 1853, la Constitución de la Provincia Eva Perón –hoy, La Pampa– acogió esta institución, siendo así la única Constitución de todo el país que se refirió a ella durante la vigencia de la Constitución de 1949.

¹⁹ Con los propósitos de consolidar el poder y de incorporar nuevos ministros al alto tribunal, imbuidos de un fuerte espíritu social, el Gobierno decidió remover a la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema. En ese año, estaba integrada por los ministros Benito Nazar Anchorena, desde 1934; Francisco Ramos Mejía, desde 1938; Tomás D. Casares, desde 1944; Roberto Repetto, desde 1923; Antonio Sagarna, desde 1928. Salvo Casares, que continuó, los demás integrantes fueron sometidos a juicio político, acusados principalmente de legitimar desde la Corte, a través de Acordadas, los golpes militares de 1930 y 1943.

²⁰ Octavio N. Derisi, “Tomás D. Casares: la vida de un intelectual católico”, *Sapientia*, vol. 32, núm. 125, julio-septiembre de 1977, p. 3. “Sus sentencias fueron siempre ajustadas al Derecho Positivo, pero también al Derecho Natural en que aquél se sustenta. Desde ellas iluminaba el problema planteado y daba solución al mismo con un rico acervo doctrinal. Esa Doctrina, apoyada en los Códigos, sobrepasaba su letra, a la par que la enriquecía, porque se nutría de las fuentes últimas del Derecho Natural y de la Doctrina Cristiana, que sustentan la misma ley positiva. La Justicia objetivamente repartida por el juez se sustentaba también y se nutría en el dechado de vida justa y ecuánime de quien la impartía” (Derisi, *ibid.*, p. 4).

durante el periodo 1947-1949, por ser el ministro más antiguo. Su labor en la Corte fue ardua. Sus votos, generalmente disidentes o “según su voto”, reflejaban un sólido conocimiento jurídico, así como filosófico. Redactados con simplicidad y profundidad, expresaban un sentido pedagógico. No organizaba sus votos numerando los considerandos, sino tan solo por párrafos, pero estaban redactados con tal sabiduría, humildad y contundencia que la sucesión argumentativa conformaba una red conceptual brillantemente tejida.

De la sola lectura se advertía el trazo personal de su pluma, la que mostraba una profunda síntesis reflexiva ético-jurídica, una sólida lógica aristotélico-tomista, brillantez en un lenguaje claro y asequible, sin por ello perder rigor intelectual. Así, en 1945, en el Caso Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Mayer,²¹ Casares votó solo, entre sus fundamentos, los siguientes extractos denotan las características a las que nos venimos refiriendo: “El resguardo de los primeros principios del orden jurídico es siempre, en toda circunstancia, y más que en ninguna de las de convulsión, la razón de ser primera de la existencia de una autoridad judicial”.²² Más adelante afirmaba: “Los jueces, enseñaba de antiguo san Agustín, no deben juzgar de las leyes sino según ellas. Supuesta, naturalmente su condición de verdaderas leyes, es decir, su intrínseca justicia, lo que en nuestro derecho positivo es su conformidad con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Para resolver lo cual también juzgan la ley puesto que lo hacen según la ley natural y la ley suprema del propio derecho positivo”.²³

Quisiera destacar la labor de los legisladores radicales opositores al oficialismo peronista, del denominado “bloque de los 44”.²⁴ Entre ellos se encontraban dos futuros presidentes: Arturo Frondizi y Arturo Illia. Dicho bloque fue presidido por Ricardo Balbín.²⁵ Entre los proyectos presentados resalta hoy uno que se adelantó a esos tiempos, sobre la necesidad de investigar el patrimonio de los políticos. “Como

²¹ Fallos, 201: 249. Sentencia de 2 de abril de 1945.

²² Primer párrafo, *in fine*, del voto de Casares.

²³ Párrafo octavo del voto de Casares.

²⁴ “En lo que es casi una leyenda sin contradictores mensurables, aquel bloque de diputados nacionales del radicalismo fue el de mayor relevancia de la historia legislativa nacional en el siglo XX” (José C. Escribano, “El bloque de ‘los 44’ y su tiempo”, *La Nación*, 16 de septiembre de 2016, p. 25).

²⁵ Abogado, pero dedicado de lleno a la política, que era su vocación más preciada. Cuando Juan D. Perón asume la presidencia en 1946, Ricardo Balbín era diputado nacional. Fue expulsado de su banca en 1949 y encarcelado en el Penal de Olmos. En 1950 fue candidato a gobernador de Buenos Aires y es nuevamente encarcelado el día de los comicios. A fines de ese año, el presidente Juan D. Perón lo indulta, pero Balbín rechaza dicho indulto, ya que el proceso penal que se había iniciado contra él aún no había concluido. En 1951 fue candidato a presidente de la nación, junto con Arturo Frondizi. Presidió la entonces Unión Cívica Radical del Pueblo desde 1959 hasta su muerte, en 1981. Es célebre la frase al despedir los restos mortales del presidente Juan D. Perón, a comienzos de julio de 1974: “Un viejo adversario viene a despedir a un amigo”.

era un hombre íntegro se permitía la advertencia de que ciertas prerrogativas abusivas terminan por contaminarlo todo”.²⁶

El gobierno de facto abrogó la reforma de 1949, mediante la proclama del 27 de abril de 1956.²⁷ Se volvió a la Constitución de 1853-1860, con sus reformas de 1866 y 1898, siempre que no se opusiera a las directivas básicas del 7 de diciembre de 1955. Sin embargo, eran necesarios contenidos sociales, culturales y económicos. El mundo había cambiado considerablemente, por lo que se llamó a una convención reformadora que sesionaría nuevamente en Santa Fe.²⁸ Esta convención, a más de incluir entre las atribuciones del Congreso atinentes a la sanción del derecho de fondo, el Código del Trabajo y Seguridad Social, sancionó un nuevo artículo, ubicado a continuación del 14 del texto ordenado de 1853-1860. Las líneas centrales de la reforma fueron elaboradas por una Comisión de Estudios Constitucionales que el 18 de marzo elevó al Ejecutivo un informe firmado por Juan A. González Calderón y Sebastián Soler. Carlos Sánchez Viamonte, quien integraba este grupo, había renunciado y por ello no firmó dicho informe. De los 205 convencionales constituyentes electos, quedaron solo 110, siendo 104 el mínimo para sesionar. Permanecieron 65 radicales del pueblo, 15 conservadores, 12 socialistas, 7 demócratacristianos, 5 demócratas progresistas, 3 comunistas, 2 bloquistas de San Juan y un cívico independiente. En expresión de Óscar A. Cuartango, “la fragilidad de la Asamblea contrastaba con las ambiciones reformistas de muchos de sus miembros”.²⁹

Lamentablemente, las desinteligencias políticas existentes en el seno de la Convención de 1957 precipitaron la abrupta clausura de sus sesiones y la Asamblea no pudo cumplir con la totalidad de la tarea encomendada, ni pudo suscribir las actas de sesiones y establecer un nuevo texto ordenado de la Constitución.³⁰ Por ello, la nueva cláusula se conoció, indistintamente, como *artículo 14 nuevo* o *artículo 14 bis*.

²⁶ Escribano, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ “Lo jurídicamente nulo es la ‘Proclama’ [...] de 1956 que derogó la Constitución de 1949. Ahí radica el vicio de origen de la convocatoria que se refiere en verdad a materia inexistente, pues al señalar que se reformarán tales o cuales artículos de la Constitución de 1853, la ‘Proclama’ se estaba refiriendo a normas no vigentes” (Bibiana Quiroga, “Entrevista al Dr. Pablo Ramella realizada en San Juan, diciembre de 1987 (inédita)”, en VV.AA., *Constitución del '49. Reflexiones a 60 años*, Buenos Aires, Jefatura de Gabinete de Ministros. Provincia de Buenos Aires, 2009, p. 46).

²⁸ En las elecciones del 28 de julio de 1957, para elegir convencionales constituyentes, no participó el peronismo, que estaba proscripto, y la mayoría de sus dirigentes, presos.

²⁹ Óscar A. Cuartango, “Con motivo del 60 Aniversario de la sanción de la Reforma Constitucional de 1949”, en VV.AA., *Constitución del '49. Reflexiones a 60 años, op. cit.*, p. 28.

³⁰ “En 1957, estando detenidos gran cantidad de dirigentes peronistas –yo incluido– y proscripto el partido peronista, se desarrollaron unas elecciones para elegir convencionales constituyentes y claro [...] ganaron los votos en blanco. De manera que ahí se ve la irregularidad en la que se incurrió para sancionar una Constitución. Por las discrepancias que hubo dentro de ella, el grupo de Arturo Frondizi –UCRI– se retiró oponiéndose a la reforma; cuando la otra bancada radical pretendió incorporar normas de tipo social, se retiran los convencionales de los partidos más ligados al golpe de estado, de manera que la dejaron sin

Los tres párrafos de dicha cláusula consagraban constitucionalmente los derechos sociales, refiriéndose, respectivamente, al trabajo, a los derechos del trabajador, a los de las organizaciones gremiales y a los de la seguridad social y la familia.³¹ Aquí se consagró también el derecho de huelga. En la redacción de dicho artículo tuvo un papel destacado el dirigente radical Crisólogo Larralde, quien no era convencional constituyente, pero sí presidente del Comité del Radicalismo y procuró alinear a los escasos convencionales que todavía estaban en la Convención, para conseguir quórum. También se incorporó al entonces artículo 67, inciso 11, la expresión “y del trabajo y Seguridad Social”, como otro código a dictar entre las atribuciones del Poder Legislativo, hoy vigente en el artículo 75, inciso 12.³² El 14 de noviembre, el presidente de la Convención, Ignacio Palacios Hidalgo, la declaró disuelta y dispuso comunicar para su publicación y posterior cumplimiento las reformas sancionadas en las sesiones del 24 y 25 de octubre. Las irregularidades a que me referí *ut supra* dieron lugar a que, en un juicio laboral, se invocara la inconstitucionalidad de la enmienda de 1957 y en particular el artículo 14 bis. La Corte, en 1963, se pronunció a favor de la validez constitucional de la enmienda en el Caso Soria de Guerrero *c/ Bodegas Pulenta*.³³

Respecto del pensamiento constitucional en esta etapa, se destaca en la década de los treinta el pensamiento tradicional y conservador de González Calderón. El decenio 1945-1955 estuvo signado por la reforma de 1949 y por la influencia jurídica de Arturo E. Sampay, autor intelectual de la reforma que impuso el abandono de los Estados Unidos como meca constitucional para poder buscar en la filosofía aristotélico-tomista un cauce diferente y que encontraría en Tomás D. Casares un fiel exponente en la Corte. Esta década se diferencia, además, de las dos siguientes (1955-1975), en las que, bajo el impulso intelectual de juristas y hombres públicos

quorum, aprobándose volver al texto constitucional previo a 1949 más el artículo 14 bis, donde se esbozan tímidamente ciertos principios sociales” (*Ibid.*, p. 45).

³¹ “El artículo ampliaba los derechos de los trabajadores que estaban enunciados en la Constitución de Perón. Cuando Rodolfo (Ghioldi) discutía en la comisión quería que se especificaran en concreto, en el nuevo texto, porque –decía– si no después viene la ley que reglamenta y liquida el derecho constitucional. Del 14 bis poco se habla porque se plantea el derecho a la vivienda, el salario vital mínimo y móvil, las jubilaciones, el derecho al trabajo, a la educación, a la huelga [...]. Yo decía en mi intervención que aunque se aprobaran estos derechos, quedarían sin concretarse si no hay organización y lucha de los trabajadores, como fue históricamente” (Germán Ferrari, “Irma Othar, una convencional constituyente. Recuerdos de la convención del año 57”, *Todo es Historia*, núm. 482, septiembre de 2007, p. 65). Quisiera aclarar que en el párrafo transcrito *ut supra*, extraído del reportaje a Irma Othar que le hiciera Germán Ferrari, figura entre sus dichos: *la educación*, aunque, como objeto de la discusión del artículo 14 bis, en su redacción definitiva no aparece ninguna mención a esta temática. Sin embargo, cabe recordar que la problemática de la educación sí estaba en el texto de la Constitución de 1949.

³² Cabe agregar que dicho código todavía no se ha dictado a más de 50 años de su redacción.

³³ Fallos, 256: 556.

como Alberto G. Padilla y de destacados profesores como Segundo V. Linares Quintana³⁴ o Carlos Sánchez Viamonte, sin perjuicio de otros importantes nombres, se giró nuevamente hacia los viejos rumbos del constitucionalismo alberdiano.³⁵ Podría agregarse que la etapa 1930-1980 está caracterizada por el desarrollo de tres grandes temas constitucionales: la justificación de los gobiernos de facto, el estado de sitio, el intervencionismo estatal y la emergencia económica. Todo ello tiene como marco general la enorme predisposición de la Corte a convalidar las decisiones ejecutivas.

Respecto de la Corte Suprema, el 5 de octubre de 1970 fue designada como ministra del alto tribunal la doctora Margarita Argúas (1902-1986), por Decreto 648 del 17 de agosto de 1970 del presidente de facto Roberto M. Levingston. Fue la primera mujer en llegar a la Corte en Argentina.³⁶ Durante su breve ejercicio del cargo, sus votos mostraron un porcentaje mayor de declaraciones de inconstitucionalidad y menor número de rechazos técnicos o por defectos formales. Presentó su renuncia, al igual que el resto de los ministros, unos días antes de asumir las nuevas autoridades democráticas. Su renuncia fue aceptada por Decreto 4970 de 24 de mayo de 1973.

En 1972, por Ley 19.608 de la Junta de Comandantes en Jefe, se declaró la necesidad de enmiendas parciales de la Constitución.

Las enmiendas se concentraron en el esquema orgánico del poder, con miras al afianzamiento del futuro gobierno constitucional, consistiendo en la unificación de mandatos de senadores y diputados en 4 años; elección di-

³⁴ “Sobre Linares Quintana he escrito largamente y siempre me parece poco, como debe serlo en esta circunstancia por razones de tiempo. A manera de título, podríamos recordar la opinión de Karl Loewenstein, calificado como el jurista del siglo, quien al referirse al Tratado de Derecho Constitucional de nuestro maestro, lo consideró una ‘hazaña intelectual’. Razón tuvo sin duda nuestro colega Horacio A. García Belsunce cuando calificó a Linares Quintana como el jurista argentino del siglo XX. Linares, meditador incansable, nos dejó en su última disertación pública en este sitio, un mensaje que hoy les quiero transmitir a los miembros del Instituto, con absoluta convicción de su validez. Dijo el maestro: ‘El instrumento para la reconstrucción argentina no requiere ser creado, ya que existe. Es la Constitución Nacional, violada más que cumplida, muchas veces vilipendiada, a menudo olvidada y por pocos conocida en su notable excelencia. Magnífico instrumento moral y político, bajo cuya guía y amparo la Patria edificó su grandeza, señala el único camino que ha de conducirla al sublime destino que fijaron como meta los constructores de la nacionalidad” (Juan R. Aguirre Lanari, “Testimonios para la historia. Aguirre Lanari, entre la política y la diplomacia”, *Todo es Historia*, núm. 555, octubre de 2013, pp. 70-71. Discurso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires).

³⁵ Cfr. Alberto Bianchi, “Apunte preliminar para el estudio de la historia del derecho constitucional”, *El Derecho*, año XXXVII, núm. 9793, 15 de julio de 1999, p. 6.

³⁶ En 1981, Estados Unidos designa a Sandra O'Connor en la Suprema Corte. Hubo otras mujeres que la precedieron como juezas del máximo tribunal en Turquía (1934), en República Democrática de Alemania (19149) y en República Federal de Alemania (1951). En Argentina, recién en este siglo hubo nuevas integrantes mujeres en el máximo tribunal: Elena Highton de Nolasco ingresó en 2004 y continúa hasta el presente, y Carmen Argibay comenzó en 2005 y falleció en 2014.

recta de los senadores y elevación a número de tres por cada provincia y por la Capital Federal; ampliación del periodo de sesiones. Del 1 de abril al 30 de noviembre; elección directa y simultánea del presidente y vicepresidente, por mayoría absoluta de votos y con previsión del sistema de doble vuelta *-ballottage-*; reducción del mandato presidencial y vicepresidencial a 4 años y habilitación de reelección por una sola vez; creación del jurado de enjuiciamiento para magistrados federales inferiores y la iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo en materia de leyes de presupuestos y ministerios.³⁷

Las enmiendas tendrían un periodo limitado de vigencia: hasta el 24 de mayo de 1977 y, si no se decidía su incorporación definitiva o su derogación parcial por una Convención Constituyente antes del 25 de agosto de 1976, su vigencia podría extenderse hasta el 24 de mayo de 1981. La vigencia de las enmiendas se extendió al periodo constitucional comenzado en 1973, pero caducaron en 1981. La importancia de estas enmiendas es que algunas se vieron reflejadas en la reforma constitucional de 1994.

Según pudimos apreciar, las reformas en las que se plasmaron los principios del constitucionalismo social simbolizaron auténticas conquistas sociales, a la vez que implicaron un salto cualitativo en el proceso de dignificación de la persona y de realización de los derechos humanos. Ello permitió mayor visibilidad y protagonismo a quienes eran considerados invisibles por los protagonistas de antaño, y sus principios aún continúan como auténticos modelos para gobernantes, jueces y ciudadanos.

En relación con estas ideas, en 1983 comenzó el proceso de democratización. Se dejaba atrás un largo periodo que había comenzado en 1930 con el golpe de Estado de Uriburu y que, con alternancias democráticas, terminó en las elecciones de octubre de 1983.³⁸ La efervescencia y esperanza frente al retorno a la democracia eran importantes.³⁹ Durante la presidencia de Alfonsín se creó el Consejo para la

³⁷ Guillermo Barrera, *Lecciones de derecho constitucional*, t. I, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y Advocatus, 2014, p. 109.

³⁸ La Corte convalidó la última dictadura en el Caso "Lockman", en 1977: "Las Actas Institucionales y el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución Nacional en la medida que subsistan las causas que han dado legitimidad a aquéllas, fundadas en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción para superar una crisis institucional y proteger al Estado, todo ello sin perjuicio de que los derechos reglamentados guarden razonable y adecuada relación con ese fundamento" (Fallos, 299:142). Dos años más tarde, en 1979, en el Caso "Timerman", la Corte afirmó: "Las Actas Institucionales y el estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional son normas que se integran a la Constitución Nacional, en la medida que subsistan las causas que han dado legitimidad a aquéllas, fundadas en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción" (Fallos, 301: 771).

³⁹ El viernes 30 de septiembre de 1983, Ricardo Alfonsín habló en el estadio de "Ferro" "y en este escenario expuso algunos de sus conceptos más recordados: 'esta es la marcha nueva de los argentinos; hemos revalorizado la democracia. Cada uno ha entendido que la única forma de solucionar nuestros problemas es a través de la recuperación de nuestros derechos y libertades. Cada uno ha entendido que con la democracia no sólo se vota, con la democracia

Consolidación de la Democracia, el que redactó un dictamen destacando la necesidad de la reforma constitucional. La reforma parcial debía considerar la atenuación del presidencialismo, la incorporación del jefe de gabinete, formas de democracia semidirecta, reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, entre otros aspectos. Esta reforma no tuvo lugar y, sin embargo, conformó un antecedente del Pacto de Olivos. El 14 de noviembre de 1993, el presidente Carlos S. Menem y el expresidente Raúl R. Alfonsín, a la vez máximas autoridades de sus respectivos partidos políticos, suscribieron dicho Pacto, ratificado por el Pacto de la Rosada del 13 de diciembre de ese mismo año.

El acuerdo de coincidencias concluía sobre la necesidad de impulsar un proyecto de reforma constitucional sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la Constitución Nacional pero con la finalidad de consolidar el sistema democrático y perfeccionar el equilibrio entre los poderes del Estado –incorporación de Jefe de Gabinete, reducción del mandato del presidente y vicepresidente, elección directa por doble vuelta del presidente y vicepresidente, etc.–, afianzar la independencia de la Justicia y fortalecer los órganos de control de la Administración, rediseñar el régimen federal para el fortalecimiento del progreso y desarrollo económico de provincias y regiones y favorecer la integración latinoamericana y continental. Asimismo, se determinaban los tópicos que debían ser habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente –fortalecimiento del régimen federal, autonomía municipal, integración y jerarquía de tratados internacionales, preservación del medio ambiente, etc.⁴⁰

El 29 de diciembre de 1993, la Ley 24.309 declaraba la necesidad de reforma constitucional. La Convención solo podría considerar: el núcleo de coincidencias básicas –con lo cual se reproducía el contenido del Pacto de Olivos– y temas habilitados para el debate por el Congreso. La Convención debía aprobar o desechar en bloque toda modificación. Esta cláusula denominada “cerrojo” fue incorporada, posteriormente, por la Convención a su reglamento. Al terminar esta etapa, el constitucionalismo social estaba en crisis y, en particular, el modelo de Estado. Las ideas del neoliberalismo seducían a la vez que parecían sepultar las propuestas sociales.

se come, se cura, se educa” (Germán Ferrari, “Año 1983, la democracia que supimos conseguir. A 30 años de las elecciones del 30 de octubre”, *Todo es Historia*, núm. 555, octubre 2013, p. 21). Respecto de Ricardo Alfonsín, lo recuerda quien fuera su vocero presidencial: “era muy respetuoso del otro –creo que es una de sus virtudes y condiciones, la de no hacer diferencia entre personas, trataba igual al presidente de otro país que al tipo que le servía café” (Eliana de Arrascaeta, “Entrevista a José Ignacio López. El vocero de la democracia”, *Todo es Historia*, núm. 555, octubre de 2013, p. 28).

⁴⁰ Barrera, *op. cit.*, p. 111.

En medio de ello, la esperanza por la reforma constitucional y el reconocimiento de nuevos derechos se erigía en el pensamiento anhelante de los argentinos.

1.2. Segunda etapa: 1994 a 2016

La finalización de la última intervención militar en 1983 dio paso a más de tres décadas con periodos constitucionales consecutivos.⁴¹ A partir de 1990 nuestro país se sumó al movimiento privatizador y, por otro lado, con la firma del Tratado de Asunción en 1990 con Brasil, Paraguay y Uruguay, se formó el Mercado Común del Sur (Mercosur), primer paso de una integración comunitaria,⁴² lo que nos enfrentaría en el futuro a similares desafíos constitucionales que Europa. Asimismo, en las últimas décadas, en Argentina se han observado numerosos cambios, entre ellos, una vigorosa presencia del Poder Judicial y, en particular, de la Corte como cabeza de poder, asumiendo nuevos ámbitos para la actuación del control de constitucionalidad, llegando a afirmar que la Corte, debido a su mayor inserción social y protagonismo

⁴¹ Si bien la renuncia presidencial de Fernando de la Rúa dio paso a un periodo de cierta inestabilidad institucional –pensemos en la llamada “semana de los tres presidentes”, por ejemplo–, no se recurrió al mecanismo repetitivo del siglo anterior: el golpe militar.

⁴² El Mercado Común del Sur (Mercosur), bloque subregional conformado por Argentina, Brasil Paraguay, Uruguay y Venezuela, tiene como países asociados a Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, y como observadores a Nueva Zelanda y México. En 2015, en nuestro país fueron electos los primeros legisladores para integrar el Parlamento del Mercosur (Parlasur). Fue fundado en 1991, mediante el Tratado de Asunción. Actualmente, aparte de ciertas previsiones, el tratado permite la libre circulación de los ciudadanos del bloque. Según el Protocolo de Ouro Preto, tiene como idiomas oficiales el español y el portugués. Lo cierto es que las expectativas de los países miembros fueron muy altas, pero todavía no se han logrado plenamente, ya que se lo concibió con el tiempo como una alianza estratégica y esta idea se fue plasmando en protocolos adicionales al tratado de origen. No obstante ello, se fundó un grupo *ad hoc* sobre derechos humanos –que surgió de la necesidad de ampliación institucional compartida, en los distintos foros y reuniones que vienen teniendo lugar en los últimos años–, el que fue transformado en 2004 en la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos del Mercosur (Raadh). En tiempos más recientes, se fundó la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. En 2004, los altos mandatarios de los respectivos países decidieron conformar lo que entonces denominaron Comunidad Sudamericana de Naciones –designación que fue cambiada por la actual, en 2007– y al año siguiente se la oficializó, en Brasilia, mediante la firma de su Tratado Constitutivo. Tiene como objetivo principal “construir, de manera participativa y consensual, un espacio de articulación en el ámbito cultural, social, económico y político entre sus pueblos”. La necesidad de que todos los países sudamericanos funcionaran dio lugar a este mecanismo de integración, ya que esto no era posible con mecanismos como el Mercosur, que resultaban insuficientes para estas expectativas. Lo que se aprecia es la voluntad firme en el tiempo, y que contagia a otros países, de formar bloques regionales. Indudablemente, todo este tipo de iniciativas depende de los gobiernos nacionales de turno, pero, a pesar de ello, se advierte la voluntad de fortalecerse y de buscar soluciones comunes a problemas comunes, como fue el caso del golpe de Estado parlamentario en Paraguay y la rápida respuesta proveniente tanto del Mercosur como de Unasur.

político, sería una convención reformadora permanentemente reunida;⁴³ el auge del derecho transnacional, concomitantemente con la declinación del Estado nación y la mayor importancia de los municipios; el enunciado de derechos colectivos y nuevos derechos personales, más específicos, como la objeción de conciencia, el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección del medio ambiente, los derechos de los consumidores, etc., llamados “derechos de tercera generación”; la acentuación del principio de desconcentración junto con la aparición de numerosos órganos extrapoder, como el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, etc.

Asimismo, la irrupción de la globalización plantea nuevos desafíos: cómo aprehender un mundo nuevo en una sociedad ecuménica con la intención de reglarla jurídicamente para poder satisfacer un núcleo de valores no negociables, y, también, el de realizar una síntesis de lo viejo que conquistó la perennidad y de lo nuevo que avanzaría impelido de dignidad y justicia. Y como el constitucionalismo –movimiento que se vigorizó hace dos siglos y que ha sido transmitido a la gran mayoría de los pueblos del mundo, al menos en sus formas externas– no ha concluido su tarea, el desafío está en realizarla, aun con dificultades de todo tipo y avances muy dispares.

Es cierto que la noción de ‘ciudadano’ ya no puede leerse en Argentina como en el siglo XIX, pero lo que ha ocurrido es una transformación multidimensional tan profunda que todavía se nos hace difícil representarnos la amplitud y complejidad de los efectos en nosotros mismos. El movimiento que condujo a la segunda etapa del constitucionalismo, el social, mutó esta noción y le dio aún más vida, pero el cambio que produce los efectos que hoy vivimos es una transformación compleja que todavía no termina de definirse. Por eso, coincido con Pedro J. Frías y mi maestro Fernando Martínez Paz en hablar de ‘constitucionalismo en transición’. Son manifestaciones de un cambio complejo en múltiples dimensiones de la vida humana, cambio que continúa y no acaba de perfilarse completamente. Así, los ciudadanos son consumidores, usuarios, integran movimientos sociales y ONG: estas y otras manifestaciones no son más que imágenes de la complejidad y de los múltiples rostros que tiene un mismo ciudadano. La apertura constitucional y el mundo globalizado favorecen este tipo de identidad e interacción social.

En este contexto complejo de fines del siglo XX tuvo lugar la última reforma constitucional. La Convención, que sesionó en Santa Fe, comenzó su tarea el 25 de mayo de 1994, la clausuró el 22 de agosto del mismo año, con la sanción de la reforma, y fue jurada por los convencionales y autoridades nacionales el 24 de agosto, en el Palacio San José de Entre Ríos, como un modo de homenajear a Urquiza. Entre los convencionales se encontraban un expresidente, Raúl R. Alfonsín, y cinco futuros presidentes: Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saá, Eduardo Duhalde, Néstor

⁴³ Cfr. Ricardo Haro, “El constitucionalismo argentino en el último medio siglo”, en VV.AA., *El derecho argentino entre 1941 y 1991*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1992, p. 373.

Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner.⁴⁴ Con la reforma de 1994, la Constitución ratificaba y ampliaba los derechos sociales del artículo 14 bis, a la vez que legitimaba la enmienda de 1957.

Pese a que estaba prohibido expresamente introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías de la Primera Parte de la Constitución Nacional, la reforma introdujo una muy profunda modificación en la parte dogmática, principalmente al darle jerarquía constitucional a un grupo de tratados de derechos humanos y al introducir contenidos propios del constitucionalismo postmoderno (ambiente, defensa de la competencia, consumidores y usuarios, derechos de pueblos indígenas, etc.). Para dar cumplimiento formal a la prohibición, algunas de estas disposiciones –que afectan la Primera Parte– fueron incorporadas en la Parte Segunda de la Constitución, especialmente en el art. 75 (inc. 17, 22, 23, 24, etc.) y se insertó en la Primera Parte un Capítulo Segundo, bajo el epígrafe Nuevos Derechos y Garantías, que incluye el reconocimiento de derechos políticos (derecho de resistencia, sufragio, igualdad real de varones y mujeres en el acceso a cargos electivos y partidarios, partidos políticos, etc.), los derechos de tercera generación y los procesos constitucionales de garantía (amparo, *habeas corpus* y *habeas data*).⁴⁵

⁴⁴ “Cuando la ciudad de Santa Fe se vaciaba los viernes a la tarde y todos los otros convencionales volaban a sus respectivos hogares y a sus distracciones de fin de semana, el único que se quedaba era Alfonsín. Vivía en el hotel menos lujoso, en una habitación llena de libros. Se sentía el custodio de la Constitución renovada, y lo era. Creía que lo sustancial ya estaba condensado en ese ‘núcleo de coincidencias básicas’ que era el corazón intocable del acuerdo, pero por las dudas mantenía sus sentidos abiertos para que no se tergiversaran los que él consideraba pasos enormes en el sentido de la democracia: el derecho a la información o *habeas data*, un primer ministro jefe de gabinete que atenuara el peso excluyente del primer mandatario y le rindiera periódicamente cuentas al Congreso, medidas para la protección del ambiente, la elección directa del intendente porteño, un Consejo de la Magistratura policromo para proponer jueces y evaluar su desempeño” (Hugo Caligaris, “La reforma constitucional vista por un periodista. 20º aniversario de un hito político trascendental”, *Todo es Historia*, núm. 566, septiembre de 2014, p. 77).

⁴⁵ Barrera, *op. cit.*, pp. 111-112. “Un resistido concepto era el de ‘pueblos indígenas’, pero el debate estaba cerrado desde que esa era la noción con la que había introducido la modificación en el texto declarativo de la reforma. La comunidad indígena como sujeto y los atributos de la propiedad comunitaria de la tierra eran otras tantas concepciones divergentes. Y en función de éstas y en torno a los demás derechos a garantizar se planteaban las discrepancias y el fundamento de los despachos de minoría. Pero existían también algunas divergencias con miembros de la Comisión de Redacción respecto al despacho de mayoría que nos hacía temer la introducción de cambios o supresiones. Advertimos de esto a los representantes indígenas y les sugerimos la importancia de su presencia en el momento de reunirse la Comisión Redactora. Allí estaban en masa quince minutos antes y al abrirse las puertas de la sala, ordenadamente y en silencio, en un acto sin precedentes, ingresaron y ocuparon de pie el perímetro del lugar. El artículo fue aprobado por aclamación y unanimidad, de pie y con aplausos, abrazos y lágrimas, en un recinto repleto y en un acto de gran contenido emotivo. Con él se ponía fin legalmente a varios siglos de discriminación” (Elva Roulet, “A 20 años de la

Respecto de la organización del poder, se aprobó en bloque el núcleo de coincidencias básicas y se incluyeron normas destinadas a lograr un federalismo de concertación: regionalismo, autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dominio originario respecto de los recursos naturales por parte de las provincias, autonomía municipal, coparticipación federal. En particular, la incorporación de la elección directa de los senadores les reconoce este derecho a los ciudadanos mismos.⁴⁶

La trascendencia de esta reforma fue tal que podría comparársela con la reforma de 1860. Sin embargo, el Congreso aún no ha sancionado leyes procedentes de la reforma constitucional, entre ellas, la Ley de Coparticipación Fiscal, que debía ser sancionada antes de 1997. La manipulación en la integración del Consejo de la Magistratura desvirtuó la institución. La Corte declaró el 18 de junio de 2013, en el Caso Rizzo c/ Estado Nacional, la inconstitucionalidad de la ley que procuraba que jueces, abogados y académicos fuesen elegidos por voto popular y no por sus pares, además de declarar la inconstitucionalidad de la composición que preveía la reforma.⁴⁷ En consecuencia, los deberes del jefe de gabinete hacia el Poder Legislativo no se cumplen ni se hacen cumplir.

En el marco de esta etapa del constitucionalismo en transición, cabría mencionar al neoconstitucionalismo. En este sentido, la aceleración y la expansión del cambio social en las últimas décadas, unidas a los procesos de globalización, deslegitimación, desinstitucionalización y anomia, provocaron la necesidad de buscar nuevas respuestas alejadas de planteos unidimensionales caracterizados por la centralidad y el aislamiento normativos y por respuestas mecánicas por parte del mundo jurídico a problemáticas cotidianas cada vez más complejas. En este sentido, el movimiento del neoconstitucionalismo se acerca a la temática de los modelos jurídicos multidimensionales, al procurar humanizar y dotar de mayor contenido ético las diversas respuestas jurídicas, especialmente las de mayor alcance para los ciudadanos.

A modo de aproximación al fenómeno jurídico del neoconstitucionalismo, de expansión global actual, puede caracterizarse como “un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, se podría decir también ideológica, acerca de la función que

reforma de la Constitución. 1994-2014 a dos décadas de un cambio histórico”, *Todo es Historia*, núm. 566, septiembre de 2014, p. 72).

⁴⁶ “El tercer senador, rechazado por algunos, tiene una larguísima trayectoria en muchos proyectos de reforma presentados desde 1914 y tuvo vigencia en las elecciones de 1973 en una convocatoria electoral en la que dicha inclusión no fue contestada. Si analizamos la composición del Senado resulta clara su importancia. Sin esa reforma hoy habría sólo entre cuatro y seis senadores no oficialistas en dicho cuerpo, históricamente dominado por los ‘feudalismos’ provinciales o la expresión política unívoca de una parcialidad” (*Idem.*).

⁴⁷ Fallos, 336: 760.

los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional”⁴⁸ Este movimiento comenzó después de la Segunda Guerra Mundial, en Europa, a medida que comenzaron a funcionar tribunales constitucionales. Los ordenamientos jurídicos de los países del viejo mundo se transformaron poco a poco, hasta constitucionalizarse. Dicho proceso incorporó a la literatura jurídica la idea de la interconexión necesaria entre derecho y moral, por lo que la obediencia a la Constitución y al ordenamiento constitucionalizado pasó a ser considerado un deber moral. En relación con estas ideas, se fue abandonando la interpretación de las normas constitucionales como programáticas para empezar a concebirlas como preceptivas y a deducirse principios implícitos del texto constitucional en su totalidad. Los derechos fundamentales pasaron a tener un papel central y se los extendió al ordenamiento jurídico y a la vida cotidiana a través de diversidad de relaciones. El Estado de derecho dejó de estar centrado en la ley, para pasar a centrarse en la Constitución, eje de todo el ordenamiento jurídico y del Estado, que ahora es entendido como constitucional de derecho. Todo ello fue impactando el papel de la magistratura, que fue acrecentando su importancia y protagonismo. En manos de los jueces, el derecho se fue volviendo antiformalista y maleable.⁴⁹ La cultura jurídica basada en normas y en deberes jurídicos se transformó, concentrándose en el afianzamiento, garantía y vigencia plena de los derechos.⁵⁰

Este proceso coincidió con la positivización de los derechos humanos en el ámbito internacional, por lo que el desafío de estos tiempos sería la armonización de las legislaciones y jurisdicciones nacionales, supranacionales y aun internacionales entre sí. En aras de esta armonización, los principios juegan un papel fundamental, destacándose entre ellos el *pro homine* o *pro persona*, que permite al juzgador escoger las normas que mejor tutelen y protejan los derechos. Asimismo, los jueces de los tribunales constitucionales o de la Corte Suprema, como en Argentina, en

⁴⁸ Alfonso Santiago, *Neoconstitucionalismo*. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008, p. 4.

⁴⁹ “Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo” (Paolo Comanducci, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, núm. 16, abril 2002, pp. 99-100).

⁵⁰ “Del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que también cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos” (Santiago, *op. cit.*, p. 7).

sus fallos, comenzaron a formular recomendaciones, a fijar plazos para adecuaciones constitucionales, entre otras acciones, para coordinar el accionar judicial con los otros poderes del Estado. Fruto del activismo judicial, a estas sentencias –más flexibles que las tradicionales– se las denominó aditivas y exhortativas. En síntesis, mutó la concepción del papel y protagonismo en materia de protección de derechos por parte del máximo tribunal.

Sin embargo, la heterogeneidad teórica y práctica de este movimiento presenta ciertos riesgos, debido a su impronta individualista y relativista, reflejada tanto en la literatura jurídica como en su instrumentación por parte de los jueces. En relación con el último aspecto, entre las hipótesis de riesgo podría darse la posibilidad de llevar al debate judicial cuestiones legislativas propias de los poderes políticos. En este sentido, hace más de 50 años la Corte Suprema estableció límites ante cualquier eventualidad de extralimitación.⁵¹ En relación con estas ideas, cabe destacar la recepción que la Corte Suprema hiciera del constitucionalismo en las últimas décadas –en particular, respecto de la amplitud, explicitación y extensión de derechos en relación con el texto constitucional–, recepción que en varias oportunidades fue anterior a la reforma constitucional de 1994. A modo de ejemplo, entre los numerosos casos que figuran en la publicación oficial de la Corte, *Fallos*, pueden mencionarse los siguientes: *Ekmekdjian c/ Sofovich*, en 1992,⁵² cuando se acogieron con dos años de antelación a la reforma, mediante tratados de derechos humanos, los derechos colectivos, jerarquizando y haciendo operativos los tratados que, luego, con la reforma, tendrían jerarquía constitucional. Pueden mencionarse también los fallos en los casos *Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta Salto Grande*⁵³ y *Café La Virginia S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas s/ repetición*,⁵⁴ de 1993 y 1994, respectivamente, también sobre tratados internacionales, jerarquía y obligatoriedad. En estos casos se advierte especialmente la visión de la Corte de una constitución abierta y la necesidad de construir su implementación y aplicación. Para años más tarde, puede citarse, entre los numerosos fallos, el del Caso “Leonardo Acosta y otros”⁵⁵ respecto a las garantías, en particular, al derecho a no declarar contra sí mismo.

La recepción y ampliación de derechos se convirtió, poco a poco, en una tarea cotidiana de la Corte, especialmente en los últimos años.⁵⁶ Entre los numerosísimos

⁵¹ En 1962, en el Caso “Rendón”, la Corte afirmó: “El remedio a la posibilidad genérica de que la función legislativa se aparte de las exigencias del bien común, debe buscarse en los comicios y no en los estrados de la Corte Suprema, pues la Constitución Nacional no encomienda a ella la satisfacción del bienestar general, en los términos del art. 67 inc. 16 y 28” (*Fallos*, 251: 53).

⁵² *Fallos*, 315: 1492.

⁵³ *Fallos*, 316: 1669. Año 1993.

⁵⁴ *Fallos*, 317: 1282. Año 1994.

⁵⁵ *Fallos*, 323: 929. Año 2000.

⁵⁶ La conformación de la Corte Suprema había cambiado desde 2002 con la incorporación del ministro Juan Carlos Maqueda, quien continúa hasta el presente, seguida en 2003

casos de materias muy variadas pueden mencionarse: “Arancibia Clavel”,⁵⁷ respecto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad; “Simón”,⁵⁸ respecto a la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida; “Mendoza”,⁵⁹ respecto al derecho ambiental. En este último caso, así como en el Caso Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Provincia de Chaco⁶⁰ y otros con características similares, la Corte adoptó un papel social nuevo para este Tribunal, papel que continuó hasta el presente en diversas causas de materias variadas: además de audiencias con las partes y otros interesados, instó a los poderes políticos a través de sus sentencias a que cumplieran con sus deberes. El último caso mencionado, debido a las condiciones extremas de inanición, enfermedades y todo tipo de carencias básicas, ya desde el dictamen del procurador se encuentra un diagnóstico de una situación extrema, calificada con expresiones cargadas de dramatismo, en el primer párrafo *in fine* de dicho dictamen como “situación de exterminio silencioso, progresivo, sistemático e inexorable”.

También quisiera mencionar el Caso Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Inspección General de Justicia –conocido como Alitt⁶¹– que, además de reconocer la personería jurídica de un grupo de minorías sexuales, amplía implícitamente sus derechos reconceptualizando la noción de bien común, tan valorada especialmente por la Corte peronista posterior a 1947, y adecuándola a una sociedad abierta y plural. Por último, quisiera mencionar el Caso “Halabi”,⁶² en el que se reconocieron las acciones de clase, ampliando las posibilidades de reclamo a las autoridades de la ciudadanía y reconociendo implícitamente, al mismo tiempo, una noción más compleja y multidimensional de ciudadano.

Respecto de la recepción del principio *pro persona* o *pro homine*, desde 2002 la Corte Suprema menciona este principio en los fallos “Cardozo” de 2006,⁶³ “Keiler” de 2010⁶⁴ y “Germano” de 2012.⁶⁵ Y se refirió explícitamente al principio, caracte-

por el ingreso del ministro Eugenio Raúl Zaffaroni. En los años subsiguientes, Elena Highton de Nolasco (hasta el presente), Carmen Argibay (†) y Ricardo Lorenzetti (hasta el presente) completaron la integración de un tribunal fuertemente comprometido con los derechos humanos y la construcción de una sociedad democrática.

⁵⁷ Fallos, 327: 3312. Año 2004.

⁵⁸ Fallos, 328: 2056. Año 2005.

⁵⁹ Por tratarse de una “megacausa”, aclararé por años las publicaciones de las sentencias: Año 2006: Fallos, 326: 2316; 329: 2316; 329: 9528. Año 2007: Fallos, 330: 22; 330: 1158; 330: 2746; 330: 3663; 331: 1676. Año 2009: Fallos, 332: 2522.

⁶⁰ Fallos, 330: 4590. Año 2007.

⁶¹ Fallos, 329: 5266. Año 2006.

⁶² Fallos, 332: 111. Año 2009.

⁶³ Fallos, 329: 2265. Año 2006.

⁶⁴ Fallos, 333: 796. Año 2010.

⁶⁵ Fallos, 335: 38. Año 2012.

rizándolo, en los casos “Portal de Belén” de 2002,⁶⁶ “Madorrán” de 2007,⁶⁷ “Acosta” de 2008,⁶⁸ “Arriola” de 2009⁶⁹ y “F.A.L.” de 2012).⁷⁰

2. Reflexiones finales

Todo comenzó con la Declaración de la Independencia, que llevaba implícita la promesa de una constitución. Tenía razón Alberdi cuando debatía con Sarmiento: la constitución es una manifestación identitaria de un pueblo, va generándose históricamente y, una vez que se concreta en un documento formal, debe responder a los cambios, por más profundos que estos sean. En este sentido, vimos que las reformas constitucionales del siglo XX no alteraron el núcleo no negociable constitucional, pero procuraron responder a los desafíos de cada tiempo.

Para concluir, quisiera acercar un fragmento de un texto que escribiera Félix Luna sobre la Convención de 1994 cuando estaba próxima a sesionar, reflexión que, 25 años después, posee plena actualidad:

Cuando en 1983 el candidato radical a presidente terminaba sus discursos recitando el preámbulo de la Constitución y las multitudes coreaban cada una de sus frases, se sentía en el espíritu como en un sentimiento religioso, porque ese marco de ideales desplegado en palabras preliminares de nuestra Carta Magna era el territorio seguro, el santuario donde la ciudadanía se refugiaba para vocear su necesidad de democracia, de república, de seguridad, de libertad. Esta es la naturaleza casi sagrada de una Constitución.⁷¹

Bibliografía

- AGUIRRE, Juan R., “Testimonios para la Historia. Aguirre Lanari, entre la política y la diplomacia”, Discurso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Todo es Historia*, núm. 555, octubre de 2013.
- BARRERA, Guillermo, *Lecciones de derecho constitucional*, t. I, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Advocatus, 2014.

⁶⁶ Fallos, 325: 292. Año 2002.

⁶⁷ Fallos, 330: 1989. Año 2007.

⁶⁸ Fallos, 331: 858. Año 2008.

⁶⁹ Fallos, 332: 196. Año 2009.

⁷⁰ Fallos, 335: 197. Año 2012.

⁷¹ Félix Luna, “Reflexión sobre la Constituyente”, *Todo es Historia*, núm. 321, abril de 1994, p. 7.

- BELLOTTA, Araceli y Julia MATESANZ, “Julieta Lanteri, primera sufragista de América Latina”, *Todo es Historia*, núm. 278, agosto de 1990.
- BIANCHI, Alberto, “Apunte preliminar para el estudio de la historia del derecho constitucional”, *El Derecho*, año XXXVII, núm. 9793, agosto de 1990.
- BOTANA, Natalio, *Repúblicas y monarquías. La encrucijada de la Independencia*, Buenos Aires, Edhasa, 2016.
- CALIGARIS, Hugo, “La reforma constitucional vista por un periodista. 20º aniversario de un hito político trascendental”, *Todo es Historia*, núm. 566, septiembre de 2014.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002. Disponible en: http://www.upf.edu/filosofia-deldret/_pdf/comanducci-formas.pdf
- CUARTANGO, Óscar, “Con motivo del 60 aniversario de la sanción de la Reforma Constitucional de 1949”, en VV.AA., *Constitución del '49. Reflexiones a 60 años*, Buenos Aires, Jefatura de Gabinete de Ministros, Provincia de Buenos Aires, 2009.
- DE ARRASCAETA, Eliana, “Entrevista a José Ignacio López. El vocero de la democracia”, *Todo es Historia*, núm. 555, octubre de 2013.
- DERISI, Octavio N., “Tomás D. Casares: la vida de un intelectual católico”, *Sapientia*, vol. 32, núm. 125, julio-septiembre de 1977. Disponible en: <http://200.16.86.50/digital/Derisi/derisi-biblio.pdf>
- ESCRIBANO, José C., “El bloque de ‘los 44’ y su tiempo”, *La Nación*, 16 de septiembre de 2016.
- FERRARI, Germán, “Irma Othar, una convencional constituyente. Recuerdos de la convención del año 57”, *Todo es Historia*, núm. 482, septiembre de 2007.
- _____, “Año 1983, la democracia que supimos conseguir. A 30 años de las elecciones del 30 de octubre”, *Todo es Historia*, núm. 555, octubre de 2013.
- HARO, Ricardo, “El constitucionalismo argentino en el último medio siglo”, en VV.AA., *El derecho argentino entre 1941 y 1991*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1992.
- HOROWICZ, Alejandro, *Los cuatro peronismos*, Buenos Aires, Edhasa, 2007.
- LUNA, Félix, “Reflexión sobre la Constituyente”, *Todo es Historia*, núm. 321, abril de 1994.
- PALACIOS, Alfredo, *La justicia social. I: Concepto filosófico de la justicia. II: desenvolvimiento histórico de la idea de justicia social. III: La justicia social en el Río de la Plata, desde antes de la emancipación hasta 1943*, Buenos Aires, Claridad, 1954.
- PETROCELLI, Héctor B., “El justicialismo” en *Historia constitucional argentina*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2009. Disponible en: http://argentina-historica.com.ar/intro_libros.php?tema=1&doc=57
- QUIROGA, Bibiana “Entrevista al Dr. Pablo Ramella realizada en San Juan, diciembre de 1987 (inédita)”, en VV.AA., *Constitución del '49. Reflexiones a 60 años*, Buenos Aires, Jefatura de Gabinete de Ministros, Provincia de Buenos Aires, 2009.

- ROULET, Elva, "A 20 años de la reforma de la Constitución. 1994-2014 a dos décadas de un cambio histórico", *Todo es Historia*, núm. 566, septiembre de 2014.
- SABSAY, Fernando, *Los presidentes argentinos. Quiénes fueron, qué hicieron, cómo vivieron*, Buenos Aires, El Ateneo, 2003.
- SAMPAY, Arturo E., "Despacho de la Comisión revisora sobre la Reforma Constitucional que fue sancionado por la Convención nacional Constituyente. 2.- Ideas fundamentales que orientan la reforma", *Anales de Legislación Argentina*, t. IX-A, Buenos Aires, La Ley, 1949.
- SANTIAGO, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008. Disponible en: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>
- SIDICARO, Ricardo, *Los tres peronismos. Estado y poder económico 1946-1955/ 1973-1976/ 1989-1999*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- WALDMANN, Peter, *El peronismo: 1943-1955*, Buenos Aires, Hyspamérica, 1986.
- ZARINI, Helio J., *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Andrés Cervantes Valarezo* (Ecuador)

Avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano: la garantía de rigidez y construcción de identidad constitucional

RESUMEN

En 178 años de vida republicana, Ecuador ha instrumentado 20 constituciones, algunas con periodos de vigencia extremadamente cortos, y otras que han logrado extenderse hasta aproximadamente dos décadas. La flexibilidad del texto constitucional es un elemento importante para su permanencia en el tiempo. El objeto de la investigación es analizar los cambios normativos entre las constituciones ecuatorianas de 1978, 1998 y la de 2008 (actualmente vigente) en lo relativo al control de la reforma constitucional, dando cuenta de los principales avances que apareja la norma e identificando nuevos desafíos: garantizar la rigidez de la norma fundamental y construir una identidad constitucional nacional.

Palabras clave: reformas constitucionales inconstitucionales, rigidez, identidad constitucional nacional.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Verlauf seiner 178 Jahre als Republik hat Ecuador 20 Verfassungen in Kraft gesetzt, einige von ihnen mit extrem kurzer Lebensdauer, während andere bis zu 20 Jahre gültig blieben. Ein wesentliches Element für das Fortbestehen eines Verfassungstextes ist seine Flexibilität. Gegenstand dieser Untersuchung ist die Analyse der in die ecuadorianischen Verfassungen von 1978, 1998 und 2008 (zur Zeit gültig) eingeführten normativen Änderungen bezüglich der Kontrolle von Verfassungsreformen. Dabei werden neben den wichtigsten Weiterentwicklungen der Norm auch deren neue

* Abogado, máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universitat Pompeu Fabra (UPF) de Barcelona y máster en Derecho Constitucional de la Universitat de Valencia; candidato a doctor y docente-investigador en la UPF. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) en Ecuador. andres.cervantes@upf.edu
orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4644-3977>.

Herausforderungen herausgearbeitet: die Garantie der Stetigkeit der grundsätzlichen Norm und die Entwicklung einer nationalen Verfassungsidentität.

Schlagwörter: Verfassungswidrige Verfassungsreformen, Stetigkeit, nationale Verfassungsidentität.

ABSTRACT

In 178 years of republican life, Ecuador has implemented 20 constitutions, some with extremely short lives, and others that have lasted for approximately two decades. The flexibility of the constitutional text is an important element for its permanence over time. The purpose of the research is to analyze the normative changes between the Ecuadorian constitutions of 1978, 1998 and 2008 (currently in force) with regard to the control of constitutional reform, identifying their main advances and new challenges: guaranteeing the rigidity of fundamental provisions and building a national constitutional identity.

Key words: Unconstitutional constitutional reforms, rigidity, national constitutional identity.

Introducción

La historia constitucional de la República del Ecuador se caracteriza por la corta duración en el tiempo de los textos que en su momento se concibieron como norma fundamental del Estado. El país suramericano ha tenido, en solamente 178 años de vida republicana, 20 constituciones, desde la otorgada por el Congreso Constituyente de Riobamba, el 23 de septiembre de 1830, hasta la Constitución vigente, producto de la Asamblea Constituyente de Montecristi y que entró en vigor el 20 de octubre de 2008 con su publicación en el registro oficial. Aunque la historia ecuatoriana se contraponga a la intuición generalizada de que las constituciones son pactos sociales básicos diseñados para sobrevivir el paso de las generaciones, lo cierto es que este país no es un caso excepcional, sino uno más dentro de una constelación bastante amplia que demuestra la corta vigencia de los textos constitucionales en el mundo.

En un riguroso trabajo desde la perspectiva metodológica que, además, resulta de sumo interés para el estudio del derecho constitucional comparado, Elkins, Ginsburg y Melton¹ demuestran, tras el análisis de todas las constituciones a nivel

¹ Zachary Elkins es profesor de la Universidad de Texas (Austin); Tom Ginsburg es profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y James Melton es profesor del Instituto para Estudios Avanzados (IMT). Escribieron en conjunto *The Endurance of National Constitutions*, libro que refleja una parte de los resultados del proyecto de constitucionalismo comparado a cargo de los autores y que compila y cataloga las constituciones del mundo con base en distintos criterios.

mundial desde 1789 en adelante, que generalmente las cartas nacionales tienen un tiempo de vida de 19 años y que tan solo un puñado de ellas ha logrado mantenerse durante más de cinco décadas.

Curiosamente, el plazo de 19 años de vigencia promedio de las constituciones coincide con la tesis que defendía Thomas Jefferson en su conocido debate epistolar con James Madison que, como vale la pena recordar, se produjo cuando Jefferson era embajador de los Estados Unidos en la Francia revolucionaria, mientras que Madison se encontraba en Norteamérica implementando, no exento de resistencias y debate, la nueva Constitución.² En ese contexto, se entiende la tesis de Madison de que las constituciones deben tener una pretensión de longevidad, en tanto que Jefferson razona que “los muertos no deben gobernar a los vivos” y que cada generación tiene derecho a una nueva norma fundamental.

Partiendo de la conclusión alcanzada por Elkins, Ginsburg y Melton, cabe preguntarse por qué determinadas constituciones se mantienen vigentes durante mayor tiempo que otras. En el caso ecuatoriano, una reflexión en este sentido resulta importante si se considera, por ejemplo, que la Constitución de 1851 tan solo estuvo vigente durante un año, seis meses y nueve días. Similarmente, ya a mediados de siglo XX, la Constitución de 1945 tan solo se mantuvo vigente durante un año, nueve meses y veinticinco días. De otro lado, la historia constitucional ecuatoriana también presenta ejemplos de textos que han logrado mantenerse vigentes alrededor de 22 años, como la Constitución de 1906; o 20 años, en el caso de la Constitución de 1946. Desde mi perspectiva, identificar y reflexionar sobre aquellos motivos que determinan la sustitución formal de una constitución por otra es vital a fin de solventar los desafíos venideros, tanto para el constitucionalismo ecuatoriano como para el regional.

Elkins, Ginsburg y Melton defienden que factores externos y de ingeniería constitucional influyen en la vida útil de las constituciones nacionales. Mientras los factores externos son, por regla general, incontrolables desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, guerras, crisis económicas, gobiernos dictatoriales, pérdida o adquisición de territorio), los aspectos de ingeniería constitucional (flexibilidad, especificidad e inclusión), que reflejan el diseño de cada constitución sobre las normas de la parte dogmática y orgánica y su interacción, resultan relevantes para analizar, en el plano jurídico, la capacidad de un texto constitucional de sobrevivir a lo largo del tiempo.³ En ese sentido, la flexibilidad se refiere a la capacidad del texto constitucional para ser ajustado a través del tiempo, permitiendo su adaptación a las cambiantes circunstancias no previstas por el constituyente.⁴

² Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 1-2.

³ *Ibid.*, pp. 134-139 y 207.

⁴ “Una constitución está dotada de resistencia si es capaz de producir el acoplamiento entre la realidad jurídica normativa en que ella misma consiste y la siempre cambiante realidad

En cambio, la especificidad se refiere a que la constitución cuente con normas de suficiente detalle que faciliten su aplicación y el entendimiento básico sobre el contenido y significado del texto. Finalmente, la inclusión se refiere a los mecanismos previstos por el texto constitucional para incorporar a diferentes grupos de la sociedad en el diseño y mantenimiento de la constitución. La idea clave es que el debate y la deliberación pública e inclusiva tienden a mantener una constitución antes que a sustituirla por medio de la regla de la mayoría.

Sin lugar a dudas, la flexibilidad, especificidad e inclusión son elementos en permanente tensión. Si la constitución se vuelve un código omnicompreensivo –como la Constitución ecuatoriana vigente–, poco espacio habrá para incorporar criterios flexibles por medio de la interpretación judicial. Tampoco parece conveniente caer en el populismo ontológico so pretexto de inclusión y deliberación. Sin embargo, el diseño de un camino medio es posible si se combina la especificidad con mecanismos de modificación constitucional que permitan adaptar el pacto social y mantenerlo vigente sin trastocar su esencia.

En esta situación, la Corte Constitucional del Ecuador tiene un rol fundamental pues debe determinar el procedimiento de modificación de la Constitución. Si se trata de un cambio que respete la identidad de la carta,⁵ el control judicial puede tener una función positiva que permita la adaptación del texto constitucional. Sin embargo, no respetar la identidad constitucional podría conducir a que por medio de modificaciones –y so pretexto de la flexibilidad de la constitución– se sustituya informalmente la norma fundamental, lo que representa un problema tanto desde la perspectiva teórica como práctica.

Desde la perspectiva teórica, la rigidez de la norma fundamental es distinguida por otras de orden infraconstitucional pues refleja un pacto básico de la sociedad que debe ser respetado por su valor intrínseco.⁶ En la práctica, modificar la cons-

política, es decir, en su capacidad para asumir mutaciones” (Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994, p. 639). Por su parte, Aguiló añade que “la resistencia constitucional tiene que ver con la rigidez constitucional en cuanto que ambas responden al objetivo de garantizar la supremacía de la constitución y de conseguir su duración a lo largo del tiempo; pero no puede reducirse a ella porque la resistencia no es sólo una cuestión de dificultar el cambio de la constitución (no es una cuestión meramente estructural)” (Josep Aguiló, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26, 2003, p. 296).

⁵ Concepto que se desarrolla ampliamente en la sección 3 del ensayo. Por ahora, basta entender que la identidad constitucional refleja las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los Estados y organizaciones internacionales o supranacionales.

⁶ El valor intrínseco de la rigidez constitucional puede y debe predicarse también de la parte orgánica de la constitución, como trataré de demostrar más adelante cuando aluda al caso ecuatoriano. Por ahora, vale mencionar la explicación de Víctor Ferreres “¿Por qué debe ser rígida la constitución? La respuesta es relativamente sencilla con respecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera

titudin incorporando normas que violenten su identidad arroja como resultado un texto cargado de antinomias y lagunas normativas, precisamente, porque no se desarrolla una adaptación sistemática del texto.

El objeto de la presente contribución es bastante modesto. De un lado, se expondrán los cambios más importantes en las tres constituciones (1978, 1998 y 2008), desde el retorno a la democracia en Ecuador en relación con la modificación del texto constitucional y su método de control.⁷ Adelantando conclusiones, la Constitución vigente demuestra una evolución importante, toda vez que incorpora el control judicial concentrado de las modificaciones constitucionales e instituye un sistema de gradación con límites materiales y reglas competenciales (enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente).

A pesar de esta evolución, el control judicial no ha logrado garantizar que las modificaciones a la Constitución se realicen por medio de los procedimientos debidos, lo que afecta la rigidez de la norma fundamental. Frente al problema descrito, se sugiere incorporar a la jurisprudencia constitucional ecuatoriana el test de sustitución desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, así como conceptualizar la identidad nacional de la norma fundamental ecuatoriana a efectos de distinguir entre un intento de modificación y un intento de sustitución informal de la constitución.⁸ En mi opinión, las herramientas mencionadas podrían resultar útiles a efectos de asegurar el nivel mínimo de deliberación pública requerido para cada caso y evitar modificaciones que entren en profunda tensión con el resto del ordenamiento constitucional.

ordenada, es conveniente que la constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cual es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país” (V́ctor Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 29). A ello cabría agregar el comentario de Bayón, en el sentido de que “la adopción *originaria* de una regla de decisión –incluso si es estrictamente procedimental– sólo puede hacerse por y desde razones sustantivas, y en ausencia de acuerdo al respecto, la implantación de una de ellas obedecerá a una compleja mezcla de motivos morales y prudenciales entre los miembros de la comunidad. Nada impide entonces la adopción originaria de una regla de decisión ya con restricciones sustantivas” (Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y constitución”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003).

⁷ Véase en el anexo de este ensayo la tabla que resume esquemáticamente las diferencias entre los procedimientos de enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

⁸ “Como ocurre con todas las normas que son resultado de una decisión, la constitución formal puede tener contenidos muy diversos. Ahora bien, de lo dicho anteriormente se sigue que la decisión constitucional es una decisión relativa a qué cuenta como fundamental en la vida jurídica y política de esa comunidad. Es decir, el código opera como un criterio formal del reconocimiento de lo que es fundamental en esa comunidad. Ello hace que para el constitucionalismo como ideología se plantee inevitablemente la cuestión de qué es esencial en una constitución, porque es obvio que los criterios formales de constitucionalidad (fundamentalidad) pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes” (Aguiló, *op. cit.*, p. 297).

1. Modificaciones constitucionales en Ecuador (1978 y 1998)

Siguiendo el planteamiento de Agustín Grijalva, actualmente juez de la Corte Constitucional de Ecuador, es sensato y apropiado a efectos expositivos señalar que Ecuador atravesó tres etapas en lo que concierne al control de constitucionalidad. La primera etapa histórica corresponde a la soberanía parlamentaria (1830-1945), en la que las modificaciones a la Constitución se adoptaban con base en criterios puramente políticos; la segunda concierne al surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional ecuatoriano (1945-1996); y la tercera etapa atañe al control jurídico (basado en un análisis motivado desde el derecho) y judicial (con la última palabra a cargo de un órgano jurisdiccional y no del Legislativo) de la regularidad constitucional, que se conceptualiza desde 1966 hasta la actualidad.⁹

La Constitución ecuatoriana de 1978 establecía en su artículo 143 que la iniciativa de reforma constitucional correspondía al presidente de la República, a la Cámara Nacional de Representantes, a la Corte Suprema de Justicia y a la iniciativa popular. De tal suerte, correspondía al pleno de la Cámara Nacional de Representantes conocer, discutir y aprobar las reformas a la Constitución. Para ello, se exigía una mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Cámara. Tras la aprobación del proyecto de reforma en dos debates, la Cámara Nacional de Representantes debía remitirlo al presidente de la República para su dictamen. En caso de dictamen presidencial favorable, correspondía la promulgación de la reforma constitucional. En caso de discrepancia por parte del presidente de la República, este debía convocar una consulta popular –que solamente podía versar sobre los puntos de discrepancia entre la Cámara y el Ejecutivo– para decidir el futuro de la reforma constitucional.

Un segundo escenario en el que correspondía convocar consulta popular tenía lugar cuando la iniciativa de reforma constitucional del presidente de la República fuera rechazada –total o parcialmente– por la Cámara Nacional de Representantes. Como podrá notarse, el criterio de admisibilidad de la modificación constitucional era, siguiendo a Grijalva, puramente político y guiado por “criterios de oportunidad, conveniencia y necesidad de los actos y políticas de Gobierno”.¹⁰

La explicación de la adopción de un modelo como el descrito puede encontrarse en que la Constitución fue redactada por una comisión designada por la dictadura militar que gobernaba a Ecuador en aquel momento y que terminó el 10 de agosto de 1979 con el retorno a la democracia y la elección de Jaime Roldós Aguilera como

⁹ Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 5, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 171.

¹⁰ *Idem*.

presidente de la República.¹¹ En fin, la Constitución de 1978 consagraba un procedimiento único de modificación constitucional que, además, era preeminentemente político pues no se demarcaron límites materiales que la reforma debía respetar so pena de sustituir la constitución, ni tampoco se otorgó competencia al Tribunal de Garantías Constitucionales para ejercer un control previo o posterior de las reformas.

En relación con la Constitución de 1998, expedida tras la ilegítima destitución del expresidente Abdalá Bucaram –basada en una supuesta “incapacidad mental”– y la asunción al poder del entonces presidente del Congreso Fabián Alarcón, se resuelve convocar una consulta popular que culmina en una Asamblea Constituyente que pretendía un reequilibrio de los poderes públicos y una apuesta agresiva por la economía de mercado. Cabe mencionar que esta Constitución permitía que una cuarta parte de los integrantes del Congreso solicitaran el enjuiciamiento político de los vocales del entonces Tribunal Constitucional durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminado su encargo (CP, art. 130.9). Ello respondía al hecho de que el Congreso Nacional, como poder legislativo, era al mismo tiempo entidad nominadora de los vocales del Tribunal Constitucional, de tal manera que podía aceptar sus renunciaciones, conocer sus excusas y designar los correspondientes reemplazos (CP, art. 130.11).

Conforme a lo que disponía la Constitución de 1998, los nueve vocales que integraban el Tribunal Constitucional tenían un periodo de cuatro años con la posibilidad de reelección por un periodo más. Si bien la Constitución indicaba que los vocales no podían ser responsabilizados por sus votos u opiniones (CP, art. 275), la realidad es que ser susceptibles de juicio político, sin que si quiera existieran causales que en algo contuvieran la discrecionalidad política, hacía de la independencia e imparcialidad del Tribunal algo normativamente cuestionable. Como anota Rafael Oyarte, “respecto del Tribunal Constitucional, nunca hubo una destitución decidida por la Legislatura siguiendo ese procedimiento, sino que ésta, sin atribuciones, declaraba el cese de funciones de los vocales. A tanto llegó la inestabilidad de los vocales del entonces Tribunal Constitucional, que sólo una integración logró completar el periodo de funciones”.¹²

¹¹ El preámbulo del texto constitucional mencionaba: “El primer plazo del plan fue la designación de comisiones encargadas, la una de introducir las necesarias reformas a la Constitución de 1945, acogida por el Consejo Supremo como marco de su acción gubernativa, y la otra de formular una nueva Constitución para que una de ellas sea elegida por la ciudadanía en un acto plebiscitario o referéndum, institución acogida por primera vez en el Ecuador, por lo menos con los caracteres singulares fijados en el plan, pues la ocasión en que se la utilizó en el siglo pasado fue con el fin de robustecer, mediante el voto popular directo, una carta política dictada por una asamblea constituyente” (Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979).

¹² Hernán Salgado y Rafael Oyarte, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, en Héctor Fix Zamudio y César Astudillo (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012, p. 451.

A lo dicho, habría que sumar que el Tribunal Constitucional no tenía ninguna competencia en cuanto al control de las reformas del texto constitucional. De acuerdo con la carta ecuatoriana de 1998, el procedimiento ordinario consistía en que el Congreso Nacional discutía los proyectos de reforma constitucional “mediante el mismo trámite para la aprobación de las leyes”, incluyendo el matiz de que el segundo debate debía realizarse luego de un año del primer debate legislativo y que se demandaba el voto reforzado de dos terceras partes del Legislativo para la aprobación de la modificación. En todo caso, el presidente de la República tenía oportunidad de ejercer la facultad de veto o sancionar la reforma (CP, art. 282).

Solamente se contemplaba un caso de excepción en el que las reformas constitucionales eran aprobadas en consulta popular. De acuerdo con lo que disponía la Constitución de 1998, el presidente de la República podía someter a consulta popular en “casos de urgencia”, calificados así por la mayoría de los integrantes del Congreso Nacional, o sin dicha calificación, cuando el Congreso Nacional hubiera omitido pronunciarse, aprobando o negando la reforma constitucional, en el término de 120 días, luego de un año de celebrado el primer debate legislativo (CP, art. 283).

También cabe destacar que la discusión sobre quién tenía la última palabra sobre la interpretación de la Constitución se resolvía, desde el inicio de la república hasta la Constitución de 1998, a favor del legislador. En efecto, el artículo 283 de la norma fundamental, en el capítulo III sobre reforma e interpretación de la Constitución establecía:

En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional.

Vale mencionar como cuestión de contexto que, durante las décadas de los ochenta y noventa, los textos constitucionales de una serie de países latinoamericanos sufrieron modificaciones importantes, o incluso se adoptaron nuevos textos constitucionales con un profundo cambio en la parte dogmática y orgánica, como demuestran, por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 o la brasileña de 1988. Al respecto, Gargarella y Courtis comentan que cada reforma o sustitución formal de la constitución se concibe como la reacción frente a un problema social determinado.¹³ En las décadas de los setenta y ochenta, fuertemente marcadas por el ascenso

¹³ Roberto Gargarella y Christian Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas Sociales, núm. 153, Santiago de Chile, Cepal, 2009, pp. 5-45.

de gobiernos autoritarios y dictaduras militares, el objetivo de las constituciones consistía, precisamente, en moderar el hiperpresidencialismo o bien servir como instrumento de transición a la democracia, como de hecho sucedió en Ecuador con la Constitución de 1979.

2. La Constitución ecuatoriana de 2008 y su modificación

Ya en los albores del siglo XXI, el constitucionalismo de la región pretendió reaccionar frente a problemas distintos a los arriba mencionados. En esta ocasión, un nuevo constitucionalismo latinoamericano, un “constitucionalismo transformador”, pretendió atacar problemas sistémicos de la región: la pobreza extrema, la desigualdad, las ineficiencias económicas, entre muchos otros. Para ello, algunos textos constitucionales –como el ecuatoriano– adquirieron larga extensión, reconocieron amplios catálogos de derechos, una apertura al indigenismo y al reconocimiento de sistemas jurídicos alternativos, así como a la modificación del sistema político puramente representativo y de la parte orgánica de la Constitución. En relación con este último punto, se desarrollaron mecanismos participativos y de democracia directa.¹⁴

En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 implicó una auténtica revolución jurídica en cuanto a las facultades del órgano encargado de la justicia constitucional (CRE, art. 436). Dado el objeto del presente trabajo, me limitaré a mencionar aquellas relevantes a la modificación constitucional.

Desde las garantías de Independencia –vitales a efectos de decidir sobre las modificaciones a la norma fundamental–, la Corte Constitucional se encuentra virtualmente blindada a cualquier tipo de control político.¹⁵ La norma constitucional indica

¹⁴ El estudio presentado por Elkins, Ginsburg y Melton destaca la Constitución ecuatoriana vigente (2008) por el hecho de que reconoce, de acuerdo con los autores, 99 derechos constitucionales; pasa a ser entonces el texto que más derechos garantiza en el mundo. Sin embargo, ya es bastante conocida aquella idea defendida por Roberto Gargarella, según la cual un amplio catálogo de derechos de poco o nada sirve si las estructuras del poder público –o la sala de máquinas de la constitución como él lo llama– responden a antiguos modelos constitucionales, que lejos de hacer viable la tutela de derechos, concentran el poder público en determinadas ramas (Roberto Gargarella, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la constitución (1980-2010)”, *Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, p. 293).

¹⁵ Se utiliza la expresión “virtualmente”, toda vez que a través de una consulta popular –sin control previo de constitucionalidad por negligencia atribuible a la propia Corte Constitucional– se decidió nombrar un Consejo de Participación Ciudadana Transitorio (órgano constitucional merecedor de análisis posterior en el texto) que, a su vez, “interpretó” que tenía la facultad de evaluar y, de ser el caso, cesar a los jueces de la Corte Constitucional. Si bien Salgado y Oyarte hacen una distinción entre “destituir” y “cesar”, es sumamente controvertido que un órgano transitorio –designado por los poderes políticos– tenga la capacidad de evaluar la legitimidad de los jueces en el cargo, así como su idoneidad, honestidad o despacho de causas. Parece, en definitiva, un peligroso precedente para la independencia de la justicia constitucional en Ecuador (*El Comercio*, “El Consejo de Participación transitorio cesó a los

que los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador no podrán ser removidos por la autoridad nominadora, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) señala que no podrán ser removidos por ninguna de “las autoridades que intervinieron en su designación” (LOGJCC, art. 186, 1), con lo cual, a criterio de Salgado y Oyarte, se “asegura el principio de independencia jurisdiccional”. Adicionalmente, “la nueva Constitución, a diferencia de textos constitucionales pretéritos, excluye de juicio político a los miembros de la Corte Constitucional”, por lo que “el único órgano con competencia para destituir a un miembro de la Corte Constitucional es el Pleno de la misma magistratura, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes (art. 431, inc. 30., CE)”¹⁶

A diferencia de los textos constitucionales de 1978 y de 1998, la Constitución vigente de la República exige el control jurisdiccional previo para la reforma de la norma fundamental, otorgándole a la Corte Constitucional la potestad de dirimir sobre qué procedimiento corresponde para modificar la Constitución (CRE, art. 443). Ello sucede también cuando la modificación se instrumenta por mecanismos de democracia directa (referéndum) y es exigible también para reformas de carácter infraconstitucional que se definen mediante consulta popular. En efecto, el artículo 104 de la CRE dispone que, en todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

Además, el dictamen que expida la Corte Constitucional es vinculante para todos los poderes públicos (CRE, art. 438, 2). A efectos esquemáticos, el sistema de control de modificaciones constitucionales desarrollado en la LOGJCC tiene tres fases: (i) dictamen de procedimiento; (ii) sentencia de constitucionalidad de la convocatoria a referendo; y (iii) sentencia de constitucionalidad de las enmiendas, reformas y cambios constitucionales (LOGJCC, art. 99). El primer problema que se observa en relación con la regulación legal expuesta es que la CRE simplemente indica que “la Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo [enmienda, reforma o Asamblea Constituyente] corresponde en cada caso”.

Sin embargo, la norma legal amplía la competencia de la Corte Constitucional, permitiéndole no solamente determinar el procedimiento de acuerdo con la naturaleza de la modificación propuesta, sino también controlar, en la fase II, “las reglas

nueve jueces de la Corte Constitucional”, 23 de agosto de 2018). Sobre la independencia judicial, la Corte IDH ha señalado: “Las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las *garantías judiciales* o porque se ha cumplido el término o periodo de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana” (énfasis agregado) [Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba y Otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 199].

¹⁶ Salgado y Oyarte, *op. cit.*, p. 451.

procesales para la realización de la convocatoria”, “la competencia en el ejercicio del poder de reforma a la Constitución” y la “garantía plena de la libertad del elector, y en particular, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad” (LOGJCC, art. 103). Como se podrá notar, la LOGJCC es redundante en cuanto al control del poder de reforma, pues ese es precisamente el objeto de la fase I. Así, el objeto principal de la fase II es controlar los considerandos introductorios y el cuestionario que se someterá a los electores (LOGJCC, arts. 194 y 105) a efectos de que, por ejemplo, no se induzca la respuesta del votante, se utilice un lenguaje valorativamente neutro y sencillo, no se realicen dos o más preguntas en un solo enunciado y no se imponga la aprobación o el rechazo en bloque.

En todo caso, el verdadero nudo gordiano es producto de la fase III, que se diferencia de las fases I y II en que *solo se activa a petición de parte*, y la acción prescribe luego de 30 días hábiles tras la entrada en vigor de la modificación constitucional. La LOGJCC permite a la Corte Constitucional no solamente dictaminar previamente el procedimiento de modificación constitucional y moderar las preguntas que se plantearán al electorado; también habilita, cuando la Constitución no lo hace, a realizar un *control posterior* sobre *vicios formales*, que “incluye el análisis de la competencia para reformar la Constitución” (LOGJCC, art. 106, 3). Como se puede advertir fácilmente, la norma legal presenta serias deficiencias en su conceptualización y en la técnica legislativa. Es incomprensible que se triplique el mismo requisito –determinar el procedimiento y, por tanto, la competencia de modificación constitucional–, cuando ha sido resuelto de forma previa por la propia Corte Constitucional (LOGJCC, art. 106, 6).¹⁷

Como se mencionó, la CRE disciplina tres procedimientos para su modificación, que se describirán muy resumidamente a continuación.

2.1. La enmienda

El artículo 441 de la CRE autoriza el procedimiento de enmienda para uno o varios artículos de la Constitución, siempre que las modificaciones puntuales no vulneren límites materiales establecidos en la norma básica. Entre estos límites se encuentran: (i) la prohibición de alterar la estructura fundamental de la Constitución, (ii) la prohibición de alterar el carácter y los elementos constitutivos del Estado, (iii) la prohibición de establecer restricciones a los derechos y las garantías constitucionales,

¹⁷ Un supuesto interesante para la aplicación de esta norma ocurre cuando la reforma ha sido aprobada por dictamen ficto previsto en el artículo 105 de la LOGJCC, que reza: “Si la Corte Constitucional no resuelve sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable”. La idea sería que el dictamen ficto brinde solamente una presunción *iuris tantum*. Empero, como ya se anotó, la competencia que la ley extiende al tribunal es constitucionalmente cuestionable.

y, finalmente, (iv) la prohibición de utilizar la enmienda para modificar el procedimiento de reforma de la norma fundamental.

En cuanto al procedimiento aplicable, las enmiendas pueden realizarse por dos vías alternativas. Como primera vía, el presidente de la República puede solicitar la realización de un referéndum, o, en su defecto, también podrá solicitarlo la ciudadanía cuando cuente con el respaldo de al menos el ocho por ciento (8%) de las personas inscritas en el registro electoral. Una segunda vía para el procedimiento de enmienda constitucional consiste en que al menos la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional apruebe el proyecto de modificación en dos debates. En este caso, el segundo debate debe realizarse de “modo impostergable” dentro de los 30 días siguientes al año de realizado el primer debate, y el proyecto de reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

2.2. La reforma parcial

De acuerdo con el artículo 442 de la CRE, la reforma parcial es el método de modificación de dificultad intermedia entre los tres contemplados por la norma fundamental.¹⁸ Los *límites materiales explícitos* para el ejercicio de esta competencia consisten en (i) la prohibición de restricción de derechos y/o garantías constitucionales y (ii) la prohibición de modificar el procedimiento de reforma de la Constitución. Un sector de los juristas ecuatorianos ha interpretado *restrictivamente* las limitaciones contenidas en esta disposición, admitiendo la posibilidad de utilizar la reforma parcial para realizar profundos cambios en la parte de la Constitución que disciplina los poderes públicos, por ejemplo, la supresión de un órgano constitucional que integra una función del Estado.

2.3. La asamblea constituyente

De conformidad con el artículo 444 de la CRE, la asamblea constituyente –entendida como órgano normativo y colegiado de carácter excepcional, legitimado democráticamente de forma directa y que tiene como función específica redactar un proyecto de nuevo texto constitucional– solo podrá ser convocada a través de consulta popular, que puede ser solicitada por el presidente de la República, o por las dos terceras

¹⁸ Artículo 442: “La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación” (Constitución de la República de Ecuador, 2008).

partes de la Asamblea Nacional, o por el 12% de las personas inscritas en el registro electoral. Dentro de los requisitos constitucionales para la convocatoria se exige la inclusión de la forma de elección de los representantes para la asamblea constituyente y las reglas del proceso electoral. Finalmente, la Constitución ecuatoriana dispone que para que el proyecto de nueva constitución entre en vigencia debe ser ratificado vía referéndum por la mitad más uno de los votos válidos.

Sobre este procedimiento en particular vale mencionar la opinión de Jorge Benavides pues, en su perspectiva, el hecho de que la Constitución prevea y discipline su propia sustitución total disminuye la idea de extraordinariedad de la decisión política fundamental, característica de estos procesos. Sin embargo, agrega el autor que esta cláusula contenida en la Constitución ecuatoriana vigente merece un balance positivo, toda vez que permite garantizar, por vía de la rigidez, la progresividad y garantía de los derechos.¹⁹

Si bien no es el objeto principal de este trabajo analizar de forma especial el mecanismo de la asamblea constituyente, resulta necesario plantear una observación de orden conceptual. La asamblea constituyente es, por antonomasia, instrumento del denominado poder constituyente (*Verfassungsgebende Gewalt*), único por su naturaleza originaria, esto es, que no deriva de ningún poder preexistente, como demuestran las revoluciones liberales estadounidense y francesa del siglo XVIII.²⁰ Por este motivo, autores como Sieyès mencionaban que el poder constituyente “es la fuente de todo. Su decisión es siempre jurídica; en efecto, es el derecho en sí mismo”.

Si se conceptualiza el poder constituyente originario sin sesgos ideológicos, bien podría entenderse que se trata, simplemente, de la oposición conceptual del poder constituido. Como indica Guastini, el poder constituido se disciplina y se ejercita de conformidad con el orden positivo vigente en el cual encuentra su fundamento material de validez. Es precisamente por este motivo que la constitución producto del poder constituyente “ni es válida ni inválida en el ámbito del ordenamiento que ella constituye”. Dicho de otro modo, el poder constituyente es más bien un *hecho*, no un fundamento axiológico de validez normativa. Consecuencia lógica de lo dicho es que el poder constituyente no opera bajo reglas de validez, sino que se verifica por su *efectividad*, entendida como la obediencia general que la nueva constitución alcance.

Siguiendo la distinción conceptual arriba expuesta, la observación de Benavides relativa a la pérdida de *extraordinariedad* que conlleva la previsión del mecanismo de asamblea constituyente en la norma fundamental ecuatoriana puede explicarse aclarando que no se trataría de un auténtico ejercicio del poder constituyente, al

¹⁹ Jorge Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2018, p. 63.

²⁰ Emmanuel-Joseph Sieyès, *What is the Third Estate?*, trad. M. Blondel, London, Pall Mall Press, 1963 [1789], p. 126.

menos en el concepto desarrollado inicialmente por Carl Schmitt,²¹ toda vez que el poder se encuentra sometido, al menos, a unos requisitos procedimentales que salvaguardan determinados principios del Estado liberal (que se concretan en la elección de los asambleístas constituyentes y en la refrendación popular del proyecto de constitución) y que se erigen en parámetros de control de la validez jurídica del texto que resulte de la asamblea constituyente.²²

3. La sustitución de la constitución y la identidad constitucional

La distinción entre poder constituyente y poder constituido resulta esencial a efectos de elaborar un examen de sustitución y una noción de identidad constitucional nacional. De un lado, el poder constituyente es de carácter eminentemente político y revolucionario, creador de la norma constitucional que por su condición preexistente al ordenamiento jurídico es ajeno a cualquier especie de control jurisdiccional –aunque este último rasgo podría cuestionarse, dada la globalización del derecho constitucional y la existencia de tribunales regionales ajenos al poder constituyente– y se caracteriza por ser ilimitado o absoluto. En las antípodas conceptuales, el poder constituido es la expresión de la voluntad popular que se manifiesta, principalmente, a través del poder de reforma de la constitución. En definitiva, la idea principal es que la facultad de reformar la carta, propia del poder constituido, no permite la supresión de los principios estructurales de esta, sin los cuales la misma no sería reconocible, pues la facultad de sustituir la constitución corresponde de manera exclusiva al constituyente originario.²³

²¹ “The constitution-making will of the people is an unmediated will. It exists prior to and above every constitutional procedure. No constitutional law, not even a constitution, can confer a constitution-making power and prescribe the form of its initiation. The further execution and formulation of a political decision reached by the people in unmediated form requires some organization, a procedure, for which the practice of modern democracy developed certain practices and customs” (Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trad. Jeffrey Seitzer, Duke University Press Books, 2008, p. 132).

²² A ello se refiere Bernal cuando señala: “It is conceptually possible for the derivative constituent power to observe the procedural requirements and, at the same time, derogate the Constitution or replace it with a new one” (Carlos Bernal, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, p. 343).

²³ En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, “aunque la Constitución de 1991 no contiene ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites así éstos reconozcan un poder muy amplio de modificación de la Constitución. El poder de reforma, por ser un poder constituido y regulado en el Título XIII de la Constitución, tiene límites materiales, pues la facultad de ‘reformar la Constitución’

Esta distinción sirvió para que la Corte Constitucional de Colombia desarrollara, en su Sentencia 551/2003, el test de sustitución que se utiliza como canon de juicio de las modificaciones constitucionales. Si bien es cierto que existe un amplio debate sobre si la Corte Constitucional colombiana se extralimita cuando examina si una reforma concreta de la Constitución altera un principio estructural de ella, no puede dejar de mencionarse que ese debate es inoficioso en el caso ecuatoriano.²⁴ Mientras que la norma fundamental de Colombia señala que la Corte Constitucional podrá decidir demandas de inconstitucionalidad de reformas constitucionales “sólo por vicios de procedimiento en su formación” (CC, art. 241), la CRE tiene un sistema totalmente distinto y mucho más rico, pues la diferenciación entre procedimientos de enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente presenta claros límites de sustancia y requisitos de procedimiento que la Corte Constitucional del Ecuador está habilitada para controlar por mandato expreso. Lo que sí resulta útil de la experiencia colombiana y que bien puede aplicarse en el caso ecuatoriano es el *test de sustitución* que dota de sentido a la rigidez constitucional.

En la primera ocasión en que la Corte Constitucional colombiana utilizó el test de sustitución, se limitó a manifestar que era necesario tener en cuenta los principios contenidos en la Constitución y los que surgen del bloque de constitucionalidad, integrado por las normas derivadas de los tratados de derechos humanos suscritos por el Estado.²⁵ Sobre este último aspecto, no existe necesariamente una contraposición entre la identidad nacional constitucional y el derecho internacional, en la medida en que las constituciones modernas contienen cláusulas de apertura; con excepción, claro está, de casos en los que la mutación del texto constitucional vía interpretativa no sea posible. En esos supuestos, la identidad constitucional puede manifestarse mediante la negativa a la reforma del texto original o incluso la denuncia de un tratado internacional. Si bien es cierto que la primera formulación del test de sustitución fue en extremo abstracta, la Corte ha ido refinando este test por medio de las sentencias C-1200/2003, C-970/2004 y C-1040/2005.

En la Sentencia C-1200 de 2003, la Corte Constitucional de Colombia aclaró la posibilidad de que una sustitución de la Constitución fuera total o parcial. De acuerdo con la corporación, una sustitución es parcial si comporta un cambio de gran trascendencia y magnitud para el sistema. Además, la Corte indicó que no

(art. 374) no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03 de 9 de julio de 2003).

²⁴ Bernal, *op. cit.*, p. 340.

²⁵ La Corte Constitucional de Colombia señaló en aquella oportunidad que “es necesario tener en cuenta los principios que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho de forma republicana (CP art. 1°) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03 de 9 de julio de 2003).

puede utilizarse la doctrina que prohíbe la sustitución constitucional para blindar una cláusula de la Constitución y dotarla de intangibilidad. Finalmente, el tribunal estableció que la carga de la prueba consistente en demostrar que la modificación comporta una sustitución de la Constitución corresponde a quien recurre.

Por su parte, la Sentencia C-970 de 2004 indica que para que opere una sustitución de la Constitución debe afectarse un elemento de su identidad, aunque no precisa cuáles son esos elementos o las pautas para identificarlos. Ya en la Sentencia C-1040 de 2005, la Corte Constitucional de Colombia refina el test de sustitución y lo enmarca en siete pasos. De acuerdo con este tribunal, corresponde al recurrente (i) expresar cuál es el elemento esencial de la Constitución que sería sustituido, (ii) demostrar cómo ese elemento esencial se manifiesta a lo largo de diferentes cláusulas constitucionales,²⁶ (iii) explicar los motivos por los que se considera que se trata de un elemento esencial de la Constitución, (iv) presentar evidencia de que el contenido normativo del elemento esencial no se reduce a una cláusula constitucional, (v) demostrar que caracterizar un elemento como esencial no implica conceptualizar a una o varias cláusulas constitucionales como eternas, (vi) probar que el elemento esencial sería sustituido por otro distinto y (vii) explicar que el nuevo elemento introducido por la modificación constitucional se contrapone con otros esenciales de la Constitución.²⁷

Repasando la casuística de la Corte Constitucional de Colombia, resaltan tres casos en los que se ha aplicado el test de sustitución de la constitución. El primer caso se refiere a una modificación que autorizaba al Consejo de Estado –el tribunal de cierre en materia administrativa– a regular la igualdad electoral para los candidatos en caso de que el Congreso no lo hiciera en el plazo de dos meses. En aquella ocasión, la Corte determinó que se afectaría gravemente el principio de separación de poderes y que, por tanto, se trataba de una reforma constitucional inconstitucional. El segundo caso, objeto de la Sentencia C-588 de 2009, se trataba de la inclusión automática de un determinado colectivo de empleados públicos temporales al

²⁶ Este requerimiento es cuestionable, toda vez que una sola disposición constitucional puede resultar fundamental para la supervivencia del sistema vigente, aunque solamente se mencione una vez en el texto. Bernal ejemplifica la cuestión con el derecho a la libertad de expresión, que resulta un principio esencial para la democracia deliberativa. Por ello, concluye que el requerimiento de demostrar la transversalidad del elemento no es una condición necesaria. Vale decir que esta exigencia no parece un impedimento importante para las constituciones producto del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, caracterizado por sus largos y repetitivos textos (Bernal, *op. cit.*, p. 344).

²⁷ El requerimiento de probar que el nuevo elemento introducido se contrapone a un elemento esencial de la constitución es aceptable solamente si se entiende que se trata de una incompatibilidad de tal envergadura que haga imposible que el elemento nuevo y los demás elementos esenciales de la constitución sean simultáneamente válidos al mismo tiempo y bajo la misma constitución. Ello tiene sentido, dado que las tensiones o colisiones entre normas constitucionales son recurrentes en los sistemas constitucionales y para ello se han diseñado varios métodos de “reconciliación”, por ejemplo, la ponderación (*idem.*).

régimen de la carrera administrativa, sin la superación del procedimiento regular de mérito y oposición. La Corte Constitucional de Colombia consideró que la reforma vulneraba el principio de igualdad y de acceso por mérito a la función pública.

El tercer caso es quizá el más conocido por su connotación política. En la Sentencia C-141 de 2010 declaró que una reforma conducente a que el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez tuviera la posibilidad de reelegirse por tercera ocasión implicaba una sustitución de la Constitución colombiana por afectar severamente el sistema de pesos y contrapesos del diseño orgánico del constituyente y, además, por afectar el principio democrático de alternatividad en el poder.

Es importante advertir que la constitución puede tener límites explícitos a su reforma, como de hecho sucede en el caso ecuatoriano. Sin embargo, aquello no tiene por qué ser necesariamente incompatible con la existencia concurrente de límites implícitos a la reforma constitucional.²⁸ Enfocando la atención en el caso ecuatoriano, el procedimiento de enmienda tiene como límite material, entre otros, la prohibición de alterar la *estructura fundamental* de la Constitución, aunque ninguna parte del texto constitucional precise el significado y alcance del término en cuestión. De otro lado, el texto que regula el procedimiento agravado de reforma parcial prescinde del límite material antes mencionado y se limita a señalar como límites explícitos las prohibiciones de restricción de derechos o garantías constitucionales y de alterar los procedimientos de modificación de la propia Constitución.

¿Significa entonces que a través de la reforma parcial puede alterarse la estructura fundamental de la Constitución? Desde mi perspectiva, el caso es representativo de una laguna axiológica, toda vez que la norma *no prohíbe* expresamente que el procedimiento de reforma parcial se utilice para ese fin, y, adicionalmente, nada se dice al respecto en la regulación –puramente procedimental– de la Asamblea Constituyente.²⁹ A pesar de que el sistema jurídico ofrezca una solución a la cuestión planteada, resulta no solo inadecuada sino ilógica, toda vez que el constituyente no tomó como relevante una distinción necesaria: la diferencia entre modificar y sustituir la Constitución. De tal suerte, aunque el texto no lo prevé, toda modificación

²⁸ En Ecuador, la tesis de la inexistencia de límites implícitos a la reforma constitucional ha sido defendida por Benavides, quien manifiesta que en Ecuador “no existen límites implícitos a la reforma, toda vez que los contenidos materiales que suponen estos han sido positivados en artículos como el 84, 441 y 442 de la Constitución” (Jorge Benavides, *Reforma constitucional y límites en la Constitución ecuatoriana de 2008*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016, p. 177).

²⁹ Para Guastini, “una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero —según la opinión del intérprete— está reglado de forma ‘axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta’. Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión ‘por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente’ al supuesto de que se trata” (Riccardo Guastini, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, *Doxa*, núm. 31, 2008, p. 144).

(enmienda o reforma) debe respetar la estructura fundamental de la Constitución, ya que, en caso contrario, la distinción entre asamblea constituyente y reforma parcial simplemente carecería de sentido, lo que, dicho sea de paso, contraría el principio según el cual debe preferirse la interpretación que dote de efecto útil a una cláusula constitucional, antes que desproveerla de contenido.

Si se acepta la tesis anterior, queda por superar la dificultad de dotar de significado la *estructura fundamental de la constitución*. Resulta sencillo coincidir con Bernal en que el término en cuestión es un concepto jurídicamente indeterminado y, por ende, problemático.³⁰ No obstante, existe un acuerdo generalizado sobre los *elementos mínimos* de una constitución liberal: la democracia y la deliberación, la separación de poderes y el reconocimiento de derechos fundamentales. Las razones para sostenerlo se relacionan históricamente con la lucha del constitucionalismo liberal.³¹ A manera de ejemplo, ya la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano indicaba en su artículo 2 que “la finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. De igual modo, su artículo 16 señalaba que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”.

Como destaca Guastini, es cierto que desde el positivismo jurídico es posible conceptualizar constituciones iliberales, adoptando una perspectiva neutra, pues en definitiva todo Estado tiene formalmente una constitución que organiza para bien o para mal el poder público y establece la forma del Estado y del Gobierno, así como determina las reglas de producción normativa. A pesar de esta posibilidad, resulta evidente que ni el constituyente ecuatoriano ni el colombiano optaron por un constitucionalismo neutro, sino que apostaron por un orden inspirado en el constitucionalismo liberal.³² El hecho de que la estructura fundamental de la Constitución ecuatoriana tenga un contenido mínimo que se derive de las máximas del constitucionalismo liberal no se contrapone a que el texto tenga un conjunto de rasgos

³⁰ Schmitt utilizaba la expresión “identidad constitucional” para indicar que las reformas a la constitución solamente podían ser válidas cuando esta no fuere afectada: “The authority to ‘amend the constitution,’ granted by constitutional legislation, means that other constitutional provisions can substitute for individual or multiple ones. They may do so, however, only under the presupposition that the identity and continuity of the constitution as an entirety is preserved” (Schmitt, *op. cit.*, p. 150).

³¹ Este es un criterio también compartido en Ecuador por Jorge Benavides (2016, p. 169).

³² Por ejemplo, el preámbulo de la Constitución ecuatoriana de 2008 indica que esta erige “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra”.

particulares que la distinguan de otras constituciones. Como ha señalado Núñez, el concepto de identidad constitucional refleja, desde la perspectiva jurídico-política,

... las opciones fundamentales de una comunidad frente al resto de los Estados y organizaciones internacionales o supranacionales. Si se admite que las constituciones no son necesariamente (aunque puedan llegar a serlo) instrumentos intercambiables que la tecnocracia ofrece para ordenar el ejercicio del poder, es concebible que las comunidades viertan en ellas algunas decisiones o concepciones que resultan de una historia y cultura propias que son, casi por definición, únicas e irrepetibles.³³

En efecto, “la identidad constitucional expresa una suerte de meta-constitución, entendida como un conjunto de normas o principios preconstitucionales que definen el significado de otras normas constitucionales”. Precisamente, esa metaconstitución determina el contenido semántico de la constitución formal. Por ello, no es poco común que “a partir de dos metaconstituciones similares, dos normas distintas signifiquen prácticamente lo mismo. Del mismo modo, a partir de metaconstituciones diversas, dos normas que textualmente señalan lo mismo pueden significar cosas distintas”.³⁴ Entonces, me atrevería a decir que la Constitución ecuatoriana vigente tiene un *particular diseño orgánico* que combina fuertes notas de democracia participativa y que las incorpora transversalmente a determinados órganos constitucionales. Si bien se puede defender que el ideal deliberativo y participativo previsto por la Constitución no se ha cumplido de facto, no es menos cierto que “una constitución no sólo puede evidenciar una identidad preexistente, ella puede muchas veces perseguir el refuerzo de una débil o la construcción artificial de una nueva”.³⁵

4. El problema de la democracia seudoparticipativa y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 contempla la existencia de cinco poderes: el Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social (CRE, tít. IV, cap. V, sec. I). A su vez, esta última función del Estado se encuentra compuesta por varios órganos constitucionales como el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), la Defensoría del Pueblo, la

³³ Manuel Núñez, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, p. 337.

³⁴ *Ibid.*, p. 338.

³⁵ *Ibid.*, p. 339.

Contraloría General del Estado y las superintendencias.³⁶ En esta ocasión, me limitaré al análisis del CPCCS por la relevancia que ha tomado este órgano constitucional y su relación con los procesos de modificación constitucional.

La CRE prevé un catálogo de derechos de participación que incluyen el derecho al sufragio activo y pasivo, a participar en asuntos de interés público, a presentar proyectos de iniciativa popular normativa, a ser consultados, a revocar el mandato de las autoridades electas popularmente, a fiscalizar los actos del poder público, a conformar, afiliarse y desafiliarse de partidos políticos y al acceso al servicio público, siguiendo principios como la meritocracia, la transparencia y la pluralidad (CRE, art. 61). Una de las vías para ejercer estos derechos de la mano del aparato estatal era –al menos teóricamente– el CPCCS, con lo que se pretendía responder a la crítica formulada por Roberto Gargarella sobre la sala de máquinas de la Constitución.³⁷

Este órgano constitucional tiene funciones tan vitales para una democracia como impulsar la “lucha contra la corrupción”, elaborar informes con indicios de responsabilidad, patrocinar acciones legales y solicitar rendición de cuentas a los servidores públicos. Además, el CPCCS tiene la potestad de organizar concursos de méritos y oposición para designar a altos funcionarios. Parece ser que la voluntad del constituyente fue prescindir del sistema clásico de cooptación entre el Ejecutivo y Legislativo y pasar a un sistema basado en la meritocracia. Entre los funcionarios que designa el CPCCS se encuentran (CRE, art. 208):

1. El procurador general del Estado, a partir de las ternas presentadas por el presidente de la República, tras un proceso de impugnación y veeduría ciudadana (CRE, art. 236).
2. Los titulares de las superintendencias, a partir de las ternas presentadas por el presidente de la República, tras un proceso de impugnación y veeduría ciudadana.
3. El defensor del pueblo, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación.
4. El defensor público, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación.

³⁶ Se utiliza el término órganos constitucionales para hacer referencia a instituciones previstas directamente por la constitución y que tienen funciones determinadas por la norma fundamental. En relación con las superintendencias, conviene decir que “son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general”. En este caso, la Constitución ecuatoriana remite al desarrollo legislativo el número de superintendencias, los sectores por regular y sus facultades específicas. En este sentido, si bien existe previsión constitucional sobre su existencia, no constituyen órganos constitucionales en los términos descritos anteriormente (CRE, art. 213).

³⁷ “El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana” (CRE, art. 207).

5. El fiscal general del Estado, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación (CRE, art. 196).
6. El contralor general del Estado, tras agotar un concurso público con veeduría ciudadana y etapa de impugnación.
7. Los miembros del Consejo Nacional Electoral.
8. Los miembros del Tribunal Contencioso Electoral.
9. Los titulares y suplentes del Consejo de la Judicatura, tras un proceso de nominación a partir de las ternas presentadas por el presidente de la Corte Nacional de Justicia, el fiscal general del Estado, el defensor público, el presidente de la República y la Asamblea Nacional. El proceso contempla veeduría e impugnación ciudadana (CRE, art. 179).
10. Además, la Función de Transparencia y Control Social, conformada entre otros órganos constitucionales también por el CPCCS, tiene la facultad de nominar a dos –de seis– miembros de la Comisión Calificadora encargada de realizar el concurso de jueces de la Corte Constitucional³⁸ (CRE, art. 434).

Como se puede observar, la capacidad de designación de altos funcionarios del CPCCS varía dependiendo del caso concreto. En algunos casos, el proceso de nominación de candidatos les corresponde a los poderes políticos, y el CPCCS se limita a realizar un proceso de veeduría y a conducir la impugnación que los ciudadanos puedan presentar contra los candidatos. En otros, se trata de concursos públicos en los que los comisionados del CPCCS –que teóricamente no representan a partidos o movimientos políticos, ni inicialmente eran electos por mecanismos plebiscitarios–³⁹ no intervienen directamente. De hecho, su función se limita a conformar una comisión ciudadana que decida el concurso en cuestión. En este sentido, el artículo 208, 9 de la CRE dispone que el CPCCS debe “organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales”.

El ideal del diseño constitucional era, en definitiva, despolitizar la elección de altos funcionarios del Estado. Sin embargo, es innegable que aquel ideal fue incumplido, en buena medida, por las altas dosis de poder que la propia Constitución concede al Poder Ejecutivo,⁴⁰ a la baja participación de los ciudadanos en estos

³⁸ El artículo 434 de la CRE dispone que “los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social”.

³⁹ El artículo 207 de la CRE, previo a su modificación en 2018, disponía: “La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley”.

⁴⁰ Santiago Ortiz Crespo, “Participación ciudadana: la Constitución de 1998 y el nuevo proyecto constitucional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2008, pp. 13-17.

procesos de designación y a serias irregularidades en los concursos públicos. La insatisfacción generalizada con los resultados del CPCCS llevó a que el actual presidente de la República convocara a consulta popular y referéndum para variar notablemente la regulación constitucional del órgano en cuestión.

Si bien la Constitución ecuatoriana ha experimentado una serie de modificaciones importantes (en los años 2011, 2015 y 2018), como, por ejemplo, la autorización de la postulación indefinida en cargos públicos de elección popular –auspiciada por el expresidente de la República Rafael Correa Delgado–,⁴¹ en esta ocasión me enfocaré, por limitaciones de espacio, en el análisis de una de las modificaciones producto de la consulta popular y referéndum convocada por el actual primer mandatario Lenin Moreno Garcés. El referendo tenía como propósito cesar a los entonces comisionados del CPCCS, establecer uno transitorio (CPCCS-T) y dotarlo de facultades extraordinarias como evaluar y cesar a todas las autoridades que el mencionado órgano constitucional había nombrado con anterioridad. A lo dicho, cabe agregar que se preguntaba también si el método de selección de los comisionados del CPCCS debía cambiar, y ser electos en sufragio libre, universal y secreto.⁴²

La Corte Constitucional guardó silencio y no se pronunció dentro del término de ley sobre la constitucionalidad de las preguntas, por lo que operó la autorización tácita prevista en la LOGJCC.⁴³ Como información de contexto, vale comentar que

⁴¹ Sobre este tema en particular, en el que se defiende la teoría de la sustitución en el caso ecuatoriano por la vulneración grave del principio de alternatividad democrática, véase Carlos Bernal, Aparicio Caicedo y Mario Serrafro, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, Temas de Derecho Público, núm. 95, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁴² La pregunta planteada al electorado fue: ¿Está usted de acuerdo con *enmendar* la Constitución de la República del Ecuador para reestructurar el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, así como dar por terminado el periodo constitucional de sus actuales miembros y que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga la potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde, pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus periodos de acuerdo al Anexo 3? (énfasis agregado). Como se puede apreciar, se optó por el mecanismo menos exigente en términos procedimentales para instrumentar una modificación de gran calado institucional. En todo caso, el verdadero alcance de lo preguntado se encuentra en los anexos, lo que pone en duda la calidad deliberativa del proceso –y en general de todas las modificaciones constitucionales instrumentadas hasta hoy– (*El Comercio*, “¿Cuáles son las siete preguntas del referéndum y la consulta popular del 4 de febrero del 2018 en Ecuador?”, 19 de enero de 2018).

⁴³ El artículo 105 de la LOGJCC dispone: “Si la Corte Constitucional no resuelve sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan”. Sobre la justicia de esta norma, solo cabe calificar como democráticamente intolerable la posibilidad de que la Corte Constitucional tenga la facultad de petrificar la Constitución por medio de su negligencia deliberada. Sin embargo, aquello no exime al Estado de responsabilidad internacional por adoptar normas que violen la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el bloque de convencionalidad.

la delicada situación política tras el cambio de gobierno dotó al presidente Moreno de amplio respaldo popular para realizar la consulta, y que los jueces de la Corte Constitucional –que fue cesada posteriormente– eran cuestionados por la opinión pública debido a variados motivos, incluyendo la represión de causas, la falta de independencia en relación con el anterior presidente del país y actos de corrupción.

A pesar de que los comisionados del CPCCS saliente solicitaron medidas cautelares ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, posteriormente, la propia CIDH elevó una solicitud de medidas provisionales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), las peticiones no prosperaron por considerar, a criterio del alto tribunal interamericano, que no existía situación de urgencia ni de daño grave.⁴⁴ Como resultaba previsible, la consulta popular y el referendo constitucional celebrado el 4 de febrero de 2018 ganó por amplios márgenes (67,65% de los votantes a favor y 32,35% en contra). A partir de ahí, el CPCCS-T inició un proceso de evaluación que terminó con la cesación de todos los jueces de la Corte Constitucional del Ecuador y con una resolución de vacancia constitucional de 60 días –sin fundamento jurídico alguno– hasta la conformación de la nueva Corte Constitucional. Adicionalmente, se evaluó y cesó también el Consejo Nacional Electoral, a tres de cinco jueces del Tribunal Contencioso Electoral, al defensor del pueblo, al Consejo de la Judicatura y a varias otras autoridades.

Desde una perspectiva crítica, cabría mencionar que la Constitución ecuatoriana permitía encauzar los legítimos reclamos ciudadanos y el descontento con los anteriores comisionados del CPCCS y de otras autoridades a través del juicio político conducido por la Asamblea Nacional (CRE, art. 131).⁴⁵ Además, el derecho constitucional ecuatoriano no permite –o permitía– cesar a autoridades no electas a través de mecanismos de democracia directa pues los presupuestos de la revocatoria de mandato no resultaban aplicables. Adicionalmente, el proceso plebiscitario no respetó garantías básicas del debido proceso, como el derecho a la defensa, a la

⁴⁴ Corte IDH, Resolución de 8 de febrero de 2018, Solicitud de medidas provisionales respecto de Ecuador, asunto Edwin Leonardo Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García. Resulta de especial interés el voto particular del juez Eugenio Raúl Zaffaroni en el sentido de que “esta Corte no debe ahora adelantar ningún juicio sobre la cuestión de fondo, pero no puede omitir señalar la falla del Estado al dejar un conflicto de esta naturaleza sin decisión de su última instancia en su derecho interno, incumpliendo el deber de suficiente y completa tutela de su sistema democrático, ante un planteo de tan extrema trascendencia institucional como el presente” (párr. 16).

⁴⁵ “Art. 131.- La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus miembros y por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley, de las ministras o ministros de Estado, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y de las demás autoridades que la Constitución determine, durante el ejercicio de su cargo y hasta un año después de terminado” (CRE, 2008).

producción probatoria y a una decisión jurídicamente motivada, como sí garantiza –en cierta medida– el juicio político. Viendo la cuestión de cara al futuro mediato, la modificación de la regulación constitucional del CPCCS es profundamente conflictiva.

Se transformó un órgano constitucional no representativo –en sentido clásico– en un órgano de elección popular, lo que desde mi modesta opinión desfigura la intención originaria del constituyente y sustituye la Constitución ecuatoriana de 2008 por alterar la estructura básica del diseño orgánico de la norma fundamental, cambiando la lógica de la “democracia participativa” del CPCCS por la lógica de la “democracia representativa”.⁴⁶ Aquello no significa que el cambio sea negativo en sí mismo, solamente que se tuvo que haber tramitado por la vía idónea –aquella que garantiza los máximos grados de deliberación pública y asegura una normativización sistemática–, que es el procedimiento de asamblea constituyente.⁴⁷

Tras la reforma constitucional que teóricamente legitima por vía directa al CPCCS, la opinión pública solicita la supresión del órgano constitucional en cuestión.⁴⁸ En relación con esta posibilidad, la academia ecuatoriana se encuentra dividida. Algunos estiman correcto el procedimiento de reforma parcial, y otros, como quien escribe estas líneas, estiman pertinente el procedimiento de asamblea constituyente, al tratarse, en definitiva, de la supresión de un órgano constitucional con incidencia en todo el aparataje del poder estatal. Sumado a los motivos anteriores, eliminar el CPCCS implicaría restringir derechos de participación política en tanto el órgano se conforma con base en elecciones directas. Además, una reforma parcial

⁴⁶ Por ejemplo, Basabe, Panchano y Mejía son críticos con este diseño: “Así, este organismo asume las funciones de nominación y designación que, en cualquier régimen democrático, son asignadas al órgano legislativo –como había sucedido en Ecuador hasta el año 2008–. Como consecuencia de lo dicho, las atribuciones de un organismo de elección universal, y que por ello ostenta la representación de la voluntad ciudadana, han sido trasladadas a siete personas, carentes de mandato popular” (Santiago Basabe, Simón Panchano y Andrés Mejía, “La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 65-85).

⁴⁷ Comparto las impresiones de Jorge Benavides relativas a la falta de calidad deliberativa de los procedimientos de modificaciones constitucionales a partir de 2008. “En Ecuador, finalmente, es difícil sostener que los referéndums constitucionales de 2011 y 2018 hayan sido procesos participativos idóneos desde una dimensión sustancial, la cual se concretiza en la calidad del debate previo a la adopción de la decisión, donde se observa que no es suficiente que los ciudadanos hayan intervenido con su voto en la decisión final de las iniciativas de modificación constitucional. La calidad del debate puede ser constatada en el hecho de que las reformas guarden conformidad con el conjunto de disposiciones y, en consecuencia, se puedan insertar de buena manera en la Constitución” (Jorge Benavides, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2018, p. 215).

⁴⁸ *Expreso*, “El Consejo de Participación y su destino de incertidumbre. Se analiza proponer reformas constitucionales que incluirían su eliminación. El organismo no concita ni el interés ni la confianza de los ciudadanos”, 2 de octubre de 2018.

implica el peligro de incorporar disposiciones que entren en conflicto con otras de la parte orgánica o dogmática del texto constitucional, lo que produce antinomias, y no goza del mismo nivel deliberativo e incluyente que garantiza el mecanismo de Asamblea Constituyente.

Conclusiones: avances y desafíos del constitucionalismo ecuatoriano

Los avances desde lo jurídico son notables si se comparan las constituciones ecuatorianas de 1978, 1998 y 2008. Las dos primeras no establecían métodos de control judicial de las modificaciones a la norma fundamental y se guiaban por criterios de oportunidad política. En cambio, la Constitución de 2008 consagra un complejo sistema de control jurídico de modificaciones constitucionales a cargo de un único órgano, la Corte Constitucional del Ecuador. Normativamente, este tribunal se encuentra en mejor posición de independencia para cumplir sus funciones, al no ser los jueces sujetos de juicio político.

El sistema consagrado por la Constitución de 2008 contempla fases de control jurisdiccional previo, además de un proceso de modificación gradado en función de la naturaleza del cambio normativo propuesto. De los procedimientos de enmienda, reforma parcial y de asamblea constituyente se derivan una serie de límites materiales explícitos e implícitos que el poder constituido debe observar, so pena de sustituir (*extra ordinem*) la constitución vigente por otra distinta. Además, el sistema de modificación constitucional actual se encuentra dotado de mecanismos de legitimación democrática directa, lo que no sucedía con las constituciones de 1978 y de 1998.

A pesar de estos notables avances, persisten importantes desafíos para el constitucionalismo ecuatoriano. En la actualidad, los problemas que saltan a la vista consisten en hacer valer la rigidez prevista por la norma fundamental y sus mecanismos de modificación, y clarificar las limitaciones de los mecanismos de democracia directa y su relación con la propia idea de constitucionalismo como límite a las mayorías. Para ello, sugiero incorporar a la jurisprudencia ecuatoriana el test de sustitución diseñado por la Corte Constitucional de Colombia y conceptualizar *nuestra* identidad constitucional nacional. A breves rasgos, ello comportaría –desde mi punto de vista– entender que tanto los procedimientos de enmienda como el de reforma parcial están obligados a respetar la estructura fundamental de la Constitución. Visto el caso concreto del CPCCS, entendería que la modificación, en los términos que se ha dado, o su potencial supresión, comportarían una vulneración de aquella identidad nacional, ya que el constituyente ideó al CPCCS no como un órgano constitucional legitimado por su origen plebiscitario, sino participativo.

Ya en la práctica, el desafío arriba descrito podría ser enfrentado por la actual Corte Constitucional del Ecuador que, dado el dictamen ficto aplicado, tiene competencia para revisar la constitucionalidad del procedimiento de modificación

relacionado con el CPCCS. Aunque parece improbable –dado que su propia legitimidad depende de ello–, podría ser un caso de *reformas constitucionales inconstitucionales*.

En ningún momento se niegan los serios defectos del diseño institucional del órgano constitucional en cuestión; simplemente se sostiene que, en aras de lograr una regulación constitucional coherente, su reestructuración o supresión debe encauzarse a través del procedimiento de asamblea constituyente. Retornando a la discusión propuesta por Elkins, Ginsburg y Melton, parecería que la Constitución no ha logrado la inclusión ni el ideal deliberativo que pregonaba el texto; y que la flexibilidad ha alcanzado un límite que no puede solucionarse a través de la mutación constitucional –por cierto, difícil en lo tocante a la parte orgánica–, por lo que si la identidad nacional y nuestra concepción del diseño democrático han cambiado, deberían plasmarse en un texto que así lo refleje.

Ahora bien, merece la pena advertir que la crisis del constitucionalismo ecuatoriano no se puede imputar únicamente a la sala de máquinas de la Constitución. La capacidad transformadora de un texto es sumamente limitada, es más bien un listado de promesas que para ser cumplido requiere una serie de elementos que se encuentran fuera de la órbita de lo jurídico. Ello debe tenerse en cuenta, dadas la tradición “refundadora” del presidencialismo y la asunción de plenos poderes –muchas veces aparejadas de consecuencias nefastas– que con detalle han reseñado Baquerizo⁴⁹ y Negretto,⁵⁰ así como la crisis global de la democracia.⁵¹ Entonces, tal vez, solo tal vez, merezca la pena trabajar con la Constitución vigente y hacer realidad sus promesas hasta ahora incumplidas.

⁴⁹ Jorge Baquerizo, “El poder constituyente como estrategia: la búsqueda de ‘plenos poderes’ en el nuevo populismo latinoamericano”, *Ius fugit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, núm. 19, 2016, pp. 328-331.

⁵⁰ Gabriel Negretto, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 51-52.

⁵¹ Que en el caso de América Latina ha sido reseñada por Latinbarómetro en los siguientes términos: “Los ciudadanos de la región que han abandonado el apoyo al régimen democrático prefieren ser indiferentes al tipo de régimen, alejándose de la política, la democracia y sus instituciones. Este indicador nos muestra un declive por indiferencia. Son estos indiferentes que votan los que están produciendo los cambios políticos, sin lealtad ideológica ni partidaria y con volatilidad” (Corporación Latinbarómetro, *Informe* 2018, p. 14).

Anexo 1

La modificación de la Constitución de la República del Ecuador (2008)

Método de modificación constitucional	Enmienda (CRE, art. 441)	Reforma parcial (CRE, art. 442)	Asamblea constituyente (CRE, art. 444)
Iniciativa	Presidente de la República	Presidente de la República	Presidente de la República
	Ciudadanía (8% personas inscritas en el registro electoral)	Ciudadanía (1% personas inscritas en el registro electoral)	Ciudadanía (12% personas inscritas en el registro electoral)
	Asamblea Nacional (1/3 de sus integrantes)	Asamblea Nacional (mayoría absoluta)	Asamblea Nacional (2/3 de sus integrantes)
Requisitos de aprobación	Referéndum: la mitad más uno de los votos.	Referéndum: la mitad más uno de los votos.	Referéndum: la mitad más uno de los votos.
	Asamblea Nacional (2/3 de sus integrantes)		
Límites materiales explícitos	<ul style="list-style-type: none"> • Estructura fundamental del Estado. • Carácter y elementos constitutivos del Estado. • Restricción de derechos y garantías constitucionales. • Procedimiento de reforma de la Constitución. 	<ul style="list-style-type: none"> • Restricción de derechos y garantías constitucionales. • Procedimiento de reforma de la Constitución. 	Sin límites explícitos.
Requerimientos procedimentales	<ul style="list-style-type: none"> • Dos debates. El segundo se realizará de modo impostergradable en los 30 días siguientes al año de realizado el primero. 	<ul style="list-style-type: none"> • Dos debates con un mínimo de 90 días de diferencia del primero. • Referéndum se convoca dentro de los 45 días de aprobado el proyecto. 	<ul style="list-style-type: none"> • La consulta surte efectos inmediatos. • Debe incluir la forma de elección de las representantes y las reglas del proceso electoral.
Iniciativas ciudadanas simultáneas	<ul style="list-style-type: none"> • Hipótesis no regulada explícitamente en la Constitución. Depende del alcance que se otorgue a la expresión "reforma constitucional". 	<ul style="list-style-type: none"> • Mientras se tramite una, no podrá presentarse otra. (CRE art. 103) 	<ul style="list-style-type: none"> • Hipótesis no regulada explícitamente en la Constitución. Depende del alcance que se otorgue a la expresión "reforma constitucional".

Método de modificación constitucional	Enmienda (CRE, art. 441)	Reforma parcial (CRE, art. 442)	Asamblea constituyente (CRE, art. 444)
Control previo	Sí. Control de competencia y de forma del referendo (LOGJCC, arts. 100 y 103).	Sí. Control de competencia y de forma del referendo (LOGJCC, arts. 100 y 103).	Sí. Control previo consulta popular y de referendo (CRE, arts. 438, 2, y LOGJCC, 103).
Control posterior	Sí. Control de forma y procedimiento (LOGJCC, art. 106).	Sí. Control de forma y procedimiento (LOGJCC, art. 106).	Sí. Control de forma y procedimiento (LOGJCC, art. 106).

Bibliografía

- AGUILÓ, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 289-317.
- BAQUERIZO, Jorge, “El poder constituyente como estrategia: la búsqueda de ‘plenos poderes’ en el nuevo populismo latinoamericano”, *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, núm. 19, 2016, pp. 301-333.
- BASABE, Santiago, Simón PACHANO y Andrés MEJÍA, “La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, núm. 1, 2010, pp. 65-85.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y constitución”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 211-238.
- Benavides, Jorge, *Reforma constitucional y límites en la Constitución ecuatoriana de 2008*, tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016.
- _____, “Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2018, pp. 178-201.
- _____, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, año 16, núm. 1, 2018, pp. 39-66.
- BERNAL, Carlos “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 339-357.
- _____, Aparicio CAICEDO y Mario SERRAFERO, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, Temas de Derecho Público, núm. 95, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- CORPORACIÓN LATINBARÓMETRO, *Informe 2018*. Disponible en: file:///C:/Users/u126188/Downloads/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-551/03 de 9 de julio de 2003.
- CORTE IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba y Otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- _____, Resolución de 8 de febrero de 2018, Solicitud de medidas provisionales respecto de Ecuador, asunto Edwin Leonardo Jarrín, Tania Elizabeth Pauker Cueva y Sonia Gabriela Vera García. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/edwin_se_01.pdf
- El Comercio*, “¿Cuáles son las siete preguntas del referéndum y la consulta popular del 4 de febrero del 2018 en Ecuador?”, *El Comercio*, 19 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/preguntas-consulta-referendum-leninmoreno-ecuador.html>
- _____, “El Consejo de Participación transitorio cesó a los nueve jueces de la Corte Constitucional”, 23 de agosto de 2018. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/consejo-participacion-ceso-corte-constitucional.html>
- ELKINS, Zachary, Tom GINSBURG y James MELTON, *The endurance of national constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Expreso*, “El Consejo de Participación y su destino de incertidumbre. Se analiza proponer reformas constitucionales que incluirían su eliminación. El organismo no concita ni el interés ni la confianza de los ciudadanos”, *Expreso*, 2 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.expreso.ec/actualidad/cpccs-reformas-constitucion-consultapopular-miembros-CB2399895>
- FERRERES, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 29-47.
- GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano y la ‘sala de máquinas’ de la constitución (1980-2010)”, *Gaceta Constitucional*, núm. 48, 2011, pp. 289-306.
- _____, y Christian COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Serie Políticas Sociales, núm. 153, Santiago de Chile, Cepal, 2009.
- GRIJALVA, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Serie Pensamiento Jurídico Contemporáneo, núm. 5, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 1, 1999, pp. 161-176.
- _____, “Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”, *Doxa*, núm. 31, 2008, pp. 143-155.
- NEGRETTO, Gabriel, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy en español*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 38-54.
- NÚÑEZ, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 331-372.

- ORTIZ, Santiago, “Participación ciudadana: la Constitución de 1998 y el nuevo proyecto constitucional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 32, 2008, pp. 13-17.
- ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- SALGADO, Hernán y Rafael OYARTE, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador”, en Héctor FIX y César ASTUDILLO (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 433-458. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3166/52.pdf>
- SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, trad. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press Books, 2008.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994, pp. 635-650.

Paúl Córdova Vinueza* (Ecuador)

Nuevos derechos en viejas constituciones. La arquitectura institucional del presidencialismo fractura la historia del constitucionalismo en Ecuador

RESUMEN

El diseño orgánico del Estado ecuatoriano presenta elementos que afectan la independencia de los poderes estatales y no permite el desarrollo democrático de los contrapesos institucionales. Dado que las condiciones de ese modelo institucional dificultan la vigencia de garantías para los derechos y libertades, y promueven los abusos de poder, la presente contribución discute el esquema estatal de un presidencialismo hiperpoderoso que debilita la institucionalidad democrática, promueve un ejercicio gubernativo con límites y controles que no funciona para contener el poder descomunal de la máxima autoridad presidencial y reafirma una vocación institucional del Ejecutivo por interferir en las competencias de los órganos del poder público y predominar sobre la institucionalidad estatal.

Palabras clave: cambios constitucionales, Constitución de 2008, democracia, límites y control del poder, presidencialismo.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Struktur des ecuadorianischen Staates enthält Elemente, die die Unabhängigkeit der Staatsgewalten beeinträchtigen und die demokratische Entfaltung der institutionellen Gegengewichte verhindern. Angesichts eines institutionellen Modells, das die Geltung von Rechten und Freiheiten erschwert und dem Machtmissbrauch Vorschub leistet, befasst sich der Beitrag mit der Ausgestaltung eines übermächtigen Präsidialstaats, der seine demokratische institutionelle Verfassung schwächt; der eine Regierungsausübung mit Schranken und Kontrollen fördert, die jedoch nicht zur Einhegung der präsidialen Übermacht geeignet sind, und der den institutionellen

* Doctor en jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador (UCE). Docente en la UCE y en la Universidad Técnica del Norte (Ecuador). hpaulcordova@yahoo.es

Drang der Exekutive zur Einmischung in die Zuständigkeiten der öffentlichen Ordnungsorgane und zur Bevormundung der staatlichen Institutionen stärkt.

Schlagwörter: Verfassungsänderungen, Verfassung von 2008, Demokratie, Schranken und Kontrolle der Macht, Präsidialismus.

ABSTRACT

The organic design of the Ecuadorian State presents elements that affect the independence of the state powers, and it does not allow for the democratic development of institutional counterweights. Given that the conditions of that institutional model hinder the validity of guarantees for rights and liberties and promote abuses of power, this contribution discusses the state scheme of a hyper-powerful presidentialism that weakens democratic institutions, promotes a governmental exercise with limits and controls that do not work to contain the enormous power of the highest presidential authority, and reaffirms an institutional vocation of the Executive by interfering with the authority of the organs of public power and prevailing over state institutions.

Key words: Constitutional changes, Constitution of 2008, democracy, limits and control of power, presidentialism.

Introducción

El modelo constitucional ecuatoriano es una vestidura desgarrada sin constitucionalismo, que estructura y modula dispositivos organizacionales para la hegemonía de un poder político único que desmorona a los sistemas de control del poder con el propósito firme de eliminarlos progresivamente. El orden democrático sostiene la concentración del poder en el presidente del Ejecutivo y promueve el sometimiento de los otros poderes del Estado a este poder. La ecuación básica que define las pragmáticas del poder que desconoce el constitucionalismo nacional es la siguiente: el principio de separación efectiva de poderes es el que permite que quienes ejercen el poder estatal no abusen de este en detrimento de los ciudadanos y sus derechos. A partir de la separación de poderes deviene la existencia de un sistema de control del poder que asegure la democracia constitucional como régimen político.

El corpus político-institucional que condiciona el marco normativo de la función legislativa deviene en la formación de una Asamblea Nacional controlada, sometida, fragmentada, desahuciada y disciplinada por mandatos constitucionales que la hacen dependiente del Poder Ejecutivo. El esquema de la Constitución de Montecristi o Constitución de 2008 anula la identidad política del órgano parlamentario como lo que debería ser: un espacio generador de debate y defensa republicana del régimen constitucional. El espacio más político de la institucionalidad carece de política constitucional para su supervivencia democrática: es un parlamento político sin política.

La Constitución de 2008 se anunció como la gestora de los cambios necesarios para la innovación democrática; no obstante, no logró modificar las estructuras dominantes del sistema presidencialista que se determinó con el Código Político de 1998 y las agudizó. La Ley Fundamental actual presenta en la parte dogmática múltiples derechos y garantías; sin embargo, sobresalen dos aspectos contradictorios como limitaciones organizacionales contra aquellos derechos: 1) presenta un régimen presidencial cuyo diseño no es proclive a la corresponsabilidad política dialógica y deliberativa para la definición de políticas públicas con las demás funciones del Estado y la diversidad de organizaciones sociales y partidarias, sino que se inclina por la primacía del poder Ejecutivo; y 2) posee instituciones muy relacionadas con la ejecución de actividades sobre participación y control social y su protección; empero, sus mecanismos de representación social y de independencia con relación a la función ejecutiva poseen serias contrariedades para suscitar las condiciones que garanticen el ejercicio plural, diverso, libre, igualitario, sin condicionamientos ni procesos de imposición para los movimientos y colectivos sociales.

1. Historia del presidencialismo ecuatoriano: un ropaje constitucional para un modo de organización política elitista

Los antecedentes del régimen político de la Constitución de 1998 se caracterizaban por un presidencialismo cerrado¹ y verticalista² y que anulaba, en su funcionamiento,

¹ El presidencialismo de tipo autoritario se manifiesta por su capacidad de debilitar las formas de participación ciudadana y libertad política y por disminuir progresivamente la representatividad de las demandas sociales en el quehacer político de las instituciones estatales, dada su estructura concentradora de poder. Esto ocasiona una creciente desprotección del ciudadano frente a las arbitrariedades de ese poder, por cuanto las vías legales y democráticas existentes para la participación, el control social y la rendición de cuentas se enfrentan a una maquinaria que instituye la fragmentación del poder ciudadano.

² La forma de gobierno hiperpresidencialista deriva en acciones de un ejercicio arbitrario de la autoridad, por su matriz institucional de concentración de poder, y desvirtúa la concepción de la función pública, entendida más como artificio de control y cooptación de poder que como servicio, por sus repertorios asimétricos de ejercicio del poder, que se convierten en casi absolutos. El excesivo ejercicio unipersonal del poder público en la autoridad del jefe de Estado y jefe de Gobierno también ha significado la vigencia de prácticas institucionales que centralizan y personalizan la autoridad, por la arremetida de presiones de grupos económicos y políticos que deben enfrentarse irremediamente a aquella para ser parte del devenir democrático. Esto ha convertido a la esfera presidencial en un espectro de concesiones y reducciones de poder que se desarrollan con la anulación del régimen democrático y la apropiación de instituciones y decisiones estatales, las cuales canalizan la distribución de poder –en distintas formas, como recursos, prebendas y otros– a grupos que no encuentran otros espacios para el procesamiento dialógico de sus intereses. Acaso, entre las principales características de un sistema hiperpresidencialista exacerbado, como el ecuatoriano, que ocasionaría una democracia debilitada, podemos señalar las siguientes: 1) crisis

la participación social en el control del poder político y económico y confinaba las esferas de este poder a unos “pocos”.³ La Constitución de Sangolquí no logró revertir ni modificar esa institucionalidad presente en la historia del constitucionalismo. El presidente de la República intervenía en la formación de leyes al expedir, sancionar, promulgar u objetar los proyectos que expedía el Congreso y, en este mismo ámbito, tenía la facultad de dictar los reglamentos para la aplicación de las leyes. En cambio, a la entidad legislativa le correspondía aprobar, reformar o rechazar las leyes propuestas por el presidente, expedirlas, reformarlas o derogarlas e interpretar la Constitución.

En cuanto al presupuesto del Estado, el presidente elaboraba y proponía la proforma presupuestaria, correspondiéndole al Congreso Nacional la capacidad de aprobar esa proforma. A la función legislativa se le prohibía expedir leyes que incrementaran el gasto público sin establecer fuentes de financiamiento. En lo que respecta al régimen económico, era atribución del presidente emitir decretos de emergencia económica, no más de uno al mismo tiempo y, en caso de que el Congreso no los aprobara en 15 días, entraban automáticamente en vigencia, mientras que al recinto legislativo le competía establecer, modificar o suprimir impuestos, tasas u otros ingresos públicos.

de la institucionalidad jurídico-política; 2) conflictos de una sociedad caracterizada por la iniquidad, el racismo y la exclusión de tipo regional, étnico, de género, intergeneracional y de otras índoles que no cuenta con mecanismos de procesamiento dialógico; 3) crisis del Estado nacional unitario; 4) instancias de representación política colapsadas; 5) erosión del principio de autoridad democrática y de liderazgo político colectivo; 6) fractura de los mecanismos de participación ciudadana; 7) déficit en el respeto de garantías y derechos ciudadanos, por las tendencias autoritarias que genera la concentración de poder; 8) existencia de una gobernabilidad populista y corrupta, por la ausencia de mecanismos cooperativos y colaborativos con los actores políticos y sociales; 9) modelo centralista y de desigualdad en la planificación y desarrollo de políticas públicas, por la concentración decisional en el jefe de Estado; 10) crisis de responsabilidad de los actores políticos, económicos y sociales; 11) institucionalización de prebendas y privilegios para unos pocos grupos políticos y económicos en perjuicio de los intereses nacionales del país; y 12) existencia de grupos de privilegio que operan con intercambios clientelares y prácticas corporativas, por la prevalencia institucional del Ejecutivo. La vigencia de un esquema presidencialista con tendencias autoritarias provoca la agudización no procesada de los conflictos y propicia distintos enfrentamientos (regional, político, étnico, ideológico, generacional, económico y cultural) permanentes. En esa perspectiva, el Estado se expresa en una disputa constante por fracciones de poder entre grupos políticos y económicos que transmiten la violencia del enfrentamiento a la sociedad y la conflictúan, con lo cual se anulan los procedimientos democráticos para enfrentar las diferencias y se desecha la estructura normativa que podría canalizar sus pugnas. La violencia política de grupos económicos y partidos políticos ha provocado el enfrentamiento de la sociedad ecuatoriana consigo misma, del Estado –sus instituciones– con la sociedad (organizaciones de distinta índole) y de varias organizaciones entre sí y con el Estado.

³ Un sistema democrático y su desarrollo constitucional no pueden admitir la concentración de poder ni la imposición unilateral de decisiones excluyentes que propone el hiperpresidencialismo.

Sobre instrumentos internacionales, el presidente tenía la facultad de celebrar tratados o convenios internacionales, que el Congreso debía ratificar. En materia de veto sobre atribuciones o poderes legislativos, el Ejecutivo estaba autorizado para vetar total o parcialmente las iniciativas legislativas y le correspondía al Congreso revocar el veto parcial con un voto de dos tercios de los diputados, pero, cuando se tratara de veto total, solo podía volver a presentar la iniciativa un año después o plantearla mediante consulta popular.

En lo que concierne a la consulta popular, el presidente la podía convocar, si el Congreso no había conocido, aprobado o negado un proyecto de reformas a la Constitución o por cuestiones de trascendental interés para el Estado, mientras que el ente parlamentario podía convocarla con el respaldo de dos tercios de los diputados para superar un veto total del presidente. El presidente tenía la potestad de declarar estados de emergencia y asumir atribuciones especiales, mientras que el Congreso podía conceder amnistías por delitos políticos e indultos por delitos comunes. Sobre la formulación de políticas públicas, el jefe de Estado establecía las políticas de cada uno de los ámbitos de responsabilidad del Ejecutivo, sin ninguna intervención del Congreso.

El jefe de Estado tenía la potestad de nombrar y remover libremente a los ministros y a varios funcionarios que conformaran las dependencias adscritas o vinculadas a la función ejecutiva, sin intervención del Congreso, pero, este tenía, por mandato constitucional, la obligación de conocer los informes presentados por los ministros y demás funcionarios de entidades públicas; igualmente, tenía la facultad de interpelar, censurar y destituir, durante el ejercicio de su gestión, a ministros y otros funcionarios del Ejecutivo, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral, procurador, contralor, ministro fiscal, defensor del pueblo y superintendentes, hasta incluso un año después del ejercicio de sus funciones.

Dentro de las capacidades fiscalizadoras del Congreso estaba la de enjuiciar y destituir al presidente y vicepresidente por cohecho, traición a la patria o cualquier otra infracción que afectara gravemente el honor nacional. En cuanto a la potestad nominadora de autoridades, el Ejecutivo proponía ternas para que el Congreso eligiera al procurador y al ministro fiscal de entre quienes conformasen esas ternas y en el caso de las demás autoridades de control, le correspondía al Parlamento nombrarlas directamente. El jefe de Estado no tenía la atribución constitucional de disolver el Congreso por ninguna circunstancia y era elegido mediante escrutinio popular directo junto con el vicepresidente por regla de mayoría a doble vuelta.

2. El aparato institucional de Ecuador en 1998: un modelo carente de relaciones dialógicas con la ciudadanía

El discurso de la gobernabilidad imperante con la reforma constitucional se sustentó sobre las siguientes premisas: 1) el reforzamiento del sistema presidencialista

como salida a las recurrentes pugnas entre Ejecutivo y Legislativo; 2) un régimen político que mide los resultados de la democracia de acuerdo con el desarrollo de la gobernabilidad y no según las propias condiciones de la primera; 3) la denominación del régimen económico como de economía social de mercado caracterizado por la escasa presencia del Estado, el ajuste estructural de políticas y la liberalización del mercado; y 4) las reformas institucionales en el ámbito legislativo.

Una de las obsesiones de la Asamblea Constituyente de Sangolquí fue cómo pensar disposiciones que reforzaran la autoridad presidencial en sus atribuciones, tanto para el ejercicio de su gestión como para enfrentar a la oposición, y más aún si podía conseguirse esto sin estar directamente supeditado a la conformación de mayorías legislativas. En ese contexto, paso a reseñar los principales alcances registrados en este periodo constitucional. Veamos.

El Congreso podía llamar a juicio político a los ministros de Estado y expresar su censura, pero su permanencia estaría decidida por el jefe de Estado. El enjuiciamiento del presidente de la República y de los ministros de Estado se llevará a cabo con la solicitud de al menos la cuarta parte de integrantes del Congreso Nacional. Como ya lo anuncio más adelante, se concibe el blindaje de la estabilidad ministerial con la pérdida de la capacidad de destituir ministros del ente parlamentario y se proyecta el juicio político como voto de confianza en la actuación del Gobierno. Le correspondía solamente al presidente de la República la presentación de leyes para crear gasto público, establecer impuestos o suprimirlos y modificar la organización político-administrativa del país.

Por otra parte, el presidente solamente podía ser enjuiciado por delitos contra la seguridad del Estado o por concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, debiendo existir las dos terceras partes de los integrantes del Congreso para su destitución; además, solo procedería su enjuiciamiento penal por los organismos jurisdiccionales con la autorización previa de la Función Judicial.

Los temas relevantes de los cambios formulados por la Asamblea de Sangolquí en las relaciones entre Ejecutivo y Legislativo serían los siguientes para la institución parlamentaria: 1) fijar el límite del endeudamiento público según el informe del Banco Central; 2) autorizar al presidente de la República a convocar a consulta popular para reformar la Constitución; 3) conocer el plan de gobierno para pronunciarse sobre su ejecución y cumplimiento. Finalmente, se incrementó el plazo de quince días a un mes para pronunciarse sobre los proyectos de urgencia económica del presidente que solo podrán tratarse de una materia.⁴

⁴ La Asamblea Constituyente de 1998 no modificó el traslado de las elecciones de diputados a segunda vuelta, la instauración del sistema distrital y la determinación del umbral de 5% de votos para que un partido acceda al Congreso Nacional. Se eliminó la renovación del Congreso a la mitad del periodo presidencial y se aprobó la eliminación de los diputados nacionales.

En cuanto a los partidos políticos, se estableció que podían presentar o auspiciar candidatos para las dignidades de elección popular y que también podían presentarse como candidatos los ciudadanos no afiliados ni auspiciados por partidos políticos. Se definía la reelección indefinida para quienes ejercieran funciones de elección popular y, para el caso de presidente y vicepresidente, se exigía que esto procedería luego de transcurrido un periodo después del que fueron elegidos.

Como principio constitucional, se definió que en las elecciones pluripersonales los ciudadanos podrán seleccionar los candidatos de su preferencia de una lista o varias listas y se estableció que la ley conciliará este principio con el de la representación proporcional de las minorías, lo cual significó una multiplicidad de reformas electorales sobre la legislación que implementaría este precepto constitucional. Por otra parte, en cuanto a la relación de poderes, las reformas institucionales en el ámbito legislativo⁵ se orientaron por la eliminación del plenario legislativo y se crearon comisiones especializadas permanentes para el funcionamiento parlamentario, con sesiones plenarias con dos recesos de un mes cada uno.⁶

Se estableció que el Pleno del Congreso Nacional únicamente se instalaría para cumplir con los dos debates de los proyectos de ley, y para los casos de fiscalización que requirieran su conocimiento y resolución. Se delimitó el carácter de las materias en las que será indispensable la elaboración de leyes y estableció su diferenciación entre orgánicas y ordinarias. Para las primeras se requeriría el voto de la mayoría absoluta de los integrantes del recinto parlamentario y para las segundas se exigía la mayoría de los presentes. Las orgánicas se referían a la organización de las funciones del Estado, del régimen seccional autónomo y de las instituciones políticas enunciadas en la Constitución, mientras que las ordinarias no podían modificar las orgánicas o prevalecer sobre ellas, sino tratar conjuntamente con las leyes especiales

⁵ Es oportuno señalar que, para la organización parlamentaria, la Constitución determinaba que la Presidencia del Congreso le correspondiera al partido con mayor número de escaños y la Vicepresidencia al partido con el segundo número, quienes durarían un año en sus funciones y se alternarían en el periodo siguiente.

⁶ Se suprimieron las comisiones legislativas, se prohibió la creación de comisiones ocasionales y se creó la Comisión de Legislación y Codificación. Cabe señalar que esta última tendría la capacidad de aprobar leyes complejas y extensas que no alcanzara a conocer el Congreso Nacional, lo cual –si bien no estaba descrito en sus funciones, que eran las de preparar proyectos de ley, codificar las leyes existentes y ordenar sistemáticamente la legislación nacional– en la práctica llegó a tener esa proyección. La importancia de esta Comisión radicó en que, aunque sus proyectos eran aprobados o rechazados con cambios por el Congreso Nacional en un solo debate, los de codificación eran enviados directamente al Registro Oficial, en caso de no recibir observaciones escritas de los diputados en el plazo de 30 días. Se determinó que estaría compuesta por siete juristas que cumplieran los mismos requisitos que los ministros de la Corte Suprema de Justicia, quienes serían elegidos por el Congreso Nacional de fuera de su entidad, durarán seis años en funciones y se renovarían parcialmente cada tres. En contraste con el plenario de las comisiones legislativas, se pensó que la incorporación de comisiones especializadas mejoraría el trabajo legislativo y superaría la dispersión y problemas de corrupción de las comisiones ocasionales.

aquellos ámbitos no abordados por las orgánicas. Los diputados no podrán presentar proyectos de ley a título individual y para hacerlo deberán ser respaldados por al menos el 10% de los integrantes del Congreso o de un bloque legislativo, integrado por uno o más partidos que sumen igual porcentaje.

Otro de los elementos más importantes de la reforma constitucional de 1998 fueron las disposiciones para combatir la corrupción, como la prohibición a los diputados de integrar directorios de organismos públicos, recibir delegaciones, comisiones o representaciones remuneradas del Ejecutivo, gestionar nombramientos y tramitar o recibir recursos del presupuesto general del Estado; de igual manera, le correspondía al Congreso Nacional elaborar un Código de Ética que normase la conducta de los legisladores y sancionase sus faltas.⁷

3. Función legislativa cercada y control presidencial

El presidencialismo extremo que ha adoptado el constitucionalismo ecuatoriano se perfila por reducir las capacidades de legislación y fiscalización del Parlamento Nacional –llamado en la actualidad Asamblea Nacional–, así como por disminuir sus atribuciones constitucionales en aspectos de relevancia estatal, como la designación de autoridades nacionales, y por acortar al máximo sus intervenciones hacia la definición y el control en la implementación de las políticas públicas.

La elaboración y aprobación de leyes tienen escasos mecanismos de deliberación pública entre el Ejecutivo, el Legislativo y las organizaciones sociales. Presentado de este modo, tampoco se aprecia que existan procesos organizacionales que permitan procesar las diferencias entre las bancadas políticas que no forman parte del Gobierno y aquellas que son parte del sector oficial.

Por otra parte, dado que el diseño institucional previsto en la Ley Fundamental de 2008 ha mermado las atribuciones de fiscalización y control político del Parlamento, sus acciones de legislación han incluido procedimientos que han afectado sus capacidades de debate y deliberación pública de los grandes temas nacionales y de las principales leyes que contribuirían a la implementación de la norma máxima actual. En esta misma perspectiva coincide Enrique Ayala Mora cuando sostiene que las leyes han sido aprobadas con escasos debates, procedimientos sumarios y exigüos esfuerzos de la tendencia mayoritaria representada en la Asamblea para escuchar las posiciones contrarias y distintas.⁸ Naturalmente, las tareas de producción y reforma legal han perdido la calidad deliberante de la legislatura que generalmente en la tradición política del Parlamento tuvo el siguiente desempeño institucional:

⁷ Otra disposición importante se refería a que cuando un juez, legalmente competente para hacerlo, solicitara la autorización para el enjuiciamiento de un legislador, y el Congreso no contestara el pedido en un plazo de 30 días, se consideraría como aprobado el pedido.

⁸ Enrique Ayala, *¿Por qué la Asamblea Constituyente?*, Quito, La Tierra, 2015, p. 39.

Siempre ha discutido y votado las leyes artículo por artículo y con la participación de todos los legisladores. [...] El procedimiento de deliberación artículo por artículo se mantuvo invariable durante toda la vida republicana. Permitía un conocimiento de lo que se debatía; sobre todo, dejaba en claro la postura y la responsabilidad de cada legislador. [...] La capacidad deliberante de la Legislatura, es decir la discusión y votación artículo por artículo, era una garantía fundamental no solo de los legisladores, que podían ejercer ampliamente su función de mandatarios de la voluntad popular, sino de la ciudadanía toda, que tenía el derecho de conocer cómo se legislaba.⁹

Presentado de este modo, lo que sí es posible identificar en el funcionamiento del Parlamento es que, a pesar de que los proyectos de ley pueden aprobarse en distintos debates en las comisiones especiales y ocasionales, y, a continuación, en debates realizados en el pleno de la Asamblea, el procedimiento empleado para la votación por el informe del cuerpo legal y el conjunto de su articulado lo que hace es restar las posibilidades democráticas de debatir, discrepar y deliberar de los legisladores para incorporar cambios puntuales y aportes específicos a lo que podría ser una revisión y votación de artículo por artículo de un proyecto legal que podría mejorar su contenido, en lugar de una votación en bloque de una ley y su informe. Junto a lo dicho, el procedimiento empleado lo que haría es restar las opciones de la ciudadanía de informarse y proponer modificaciones sustanciales a ciertas partes o elementos de un artículo para mejorar su estructura.¹⁰

Obviamente, no se trata de decir que está prohibida la presentación de observaciones de legisladores, organizaciones sociales o la ciudadanía en general para la preparación de un proyecto de ley, su debate o su aprobación. Constituye proposición capital en esta contribución subrayar que el problema reside en que la discusión y votación de cada artículo en un cuerpo legal permite una legislación con mayor calidad en el debate y en la producción jurídica hacia la perspectiva de profundizar su argumentación constitucional, lo cual no ha sido garantizado en el funcionamiento del ente parlamentario.

Otro elemento que influye en la reducción de las capacidades deliberativas y de discusión de la Asamblea Nacional en el quehacer legislativo es el excesivo protagonismo del ponente o presidente de la comisión que se encargó de tramitar el proyecto de ley, lo cual supone también disminuir las tareas de discusión y participación de los integrantes de una comisión para aprobar o negar los cambios que se propongan en el debate de un proyecto de ley. Ciertamente, las posibilidades

⁹ *Ibid.*, pp. 39-42.

¹⁰ Al respecto, para profundizar sobre afectaciones a derechos de participación, véase: Paúl Córdova, "Los derechos a la consulta pre-legislativa y a la consulta previa, libre e informada", *Murmullos del Sur*, vol. 1, núm. 1, 2017; Agustín Grijalva, "Un balance de la participación en la Constitución ecuatoriana de 2008", en Andrés Martínez y Teodoro Verdugo (coords.), *Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2017.

lato sensu de discutir la fundamentación, motivación y argumentación en la construcción de una ley se acortan, porque no están plenamente garantizadas cuando en su preparación se las reduce a la presentación y simple revisión de observaciones, sin mayores profundizaciones de su discusión y pertinencia.¹¹

Ahora bien, el modelo de restricción de los debates políticos y públicos en la aprobación de los proyectos de ley y la contracción de las capacidades deliberativas de la Asamblea con la sociedad están expresados en los contenidos de la ley fundamental, en su artículo 137, cuando define las pautas para el procedimiento de aprobación parlamentario de las leyes sin prever garantías participativas amplias e incluyentes para asegurar la argumentación constitucional en la producción legislativa mediante el intercambio razonado de razones públicas hacia la protección de derechos.

Coincido también con Ayala Mora, cuando observa que “la Constitución centra el peso del debate legal en la comisión más que en el pleno de la Asamblea Nacional. Y así, en efecto, se estableció en la Ley Orgánica de la Función Legislativa”.¹² En resumen, las dificultades para el fortalecimiento de la democracia constitucional y las atribuciones que le corresponden al Parlamento en aquella son básicamente dos: 1) cuidar la garantía de la reserva legal en el quehacer legislativo, para permitir la participación plural y diversa de las fuerzas políticas presentes en la legislatura en la aprobación de nuevos proyectos y en la reforma de leyes;¹³ y 2) velar por la defensa constitucional en el momento de legislar, para hacerlo en total armonía con sus principios, valores y reglas, porque de los proyectos de ley nuevos y reformatorios depende el desarrollo de los mandatos constitucionales, ello con la finalidad de contribuir a la estabilidad constitucional, que puede ser disminuida en los contenidos reglamentarios y los procedimientos establecidos por actos normativos y administrativos infraconstitucionales.

Conviene precisar que las restricciones y limitaciones para la participación social mediante una mayor intervención de los legisladores en los procedimientos parlamentarios y las deficiencias del debate público ocasionan la pérdida de oportunidades para que el trabajo del órgano legislativo promueva políticas de diálogo y participación, tanto dentro como fuera de este órgano.

Por lo demás, más allá de que se reconozcan disposiciones constitucionales y legales para que los proyectos de ley puedan ser aprobados en varios debates, comisiones

¹¹ Al respecto, podría verse Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 018-18-SIN de 1 de agosto de 2018, dentro de los casos acumulados 0099-15-IN; 0100-15-IN; 0102-15-IN; 001-16-IN; 002-16-IN; 003-16-IN; 004-16-IN; 005-16-IN; 0006-16-IN; 0008-16-IN, donde una de las principales observaciones de la Corte Constitucional fue sobre el procedimiento de votación empleado para la aprobación de enmiendas constitucionales y la falta de un debate y de discusión democrática dentro del órgano legislativo.

¹² Ayala, *op. cit.*, pp. 43-44.

¹³ Al respecto, pueden observarse las motivaciones de los legitimados activos dentro del Caso 014-13-IN, que devino en la Sentencia 003-14-SIN-CC de la Corte Constitucional de Ecuador.

generales para recibir a organizaciones sociales, esfuerzos mínimos de socialización, presentación de observaciones y otras previsiones normativas, lo cierto es que el modelo constitucional contemplado para el andamiaje de la Asamblea Nacional en su quehacer legislativo no promueve ni garantiza la deliberación pública sustantiva ni tampoco posibilita la promoción de un diálogo incluyente, diverso y plural con los sectores distintos-contrarios en el debate de las leyes, y los elementos analizados *ut supra* configuran formalidades de trámite que no constituyen garantías políticas de participación para el desarrollo de la democracia constitucional en las responsabilidades legislativas.

Por otra parte, la Constitución de Ecuador define como atribución de la Asamblea Nacional la siguiente: fiscalizar los actos de las funciones del Estado y otros órganos del poder público, así como requerir información de los servidores públicos que considere necesaria;¹⁴ es decir, la atribución fiscalizadora y de control político debe ser implementada por el conjunto del órgano parlamentario y no como una atribución específica de cada legislador que le permitiría ejercerla directamente y sin depender del ente del que forma parte o de su máxima autoridad *contradictio in terminis*.

En esta misma perspectiva de debilitar su rol fiscalizador, la norma orgánica de la Asamblea establece que la Comisión de Fiscalización sea la encargada de procesar las acciones de fiscalización y control político, concentra estas tareas en esta instancia parlamentaria y deja la intervención del pleno del organismo solamente para aquellos casos que sean autorizados por la Comisión. Finalmente, todos los pedidos de información de los legisladores deben ser conocidos y aprobados por la máxima autoridad del Parlamento para que puedan ser ejecutados y, *a contrario sensu*, sin la intervención de la máxima autoridad no son procedentes los pedidos de información de los legisladores para su ejercicio fiscalizador y de control político. A pesar de estas disposiciones constitucionales que limitan las atribuciones de la función legislativa para el desarrollo del control político de la función ejecutiva, tampoco se aprecian atribuciones contundentes en materia de fiscalización y corresponsabilidad para el seguimiento de la política pública en normas infraconstitucionales.

Una de las tesis centrales en la obra de Diego Valadés consiste en la existencia de una garantía política como principio constitucional que asegure las condiciones republicanas para que los poderes se controlen. Este autor define “como principio de garantía política el conjunto de procedimientos parlamentarios (o congresuales), basados en reglas específicas o en principios generales, que tiene por objeto el ejercicio de controles políticos entre los órganos del poder conforme a las facultades de las que están investidos en un sistema democrático y

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador (2008), título IV: “Participación y organización del poder”, capítulo II, artículo 120, numeral 9, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

representativo”.¹⁵ Lo relevante en el pensamiento de este autor es destacar que en una democracia constitucional, sin excepción, el poder está sujeto a controles de los que puedan derivarse responsabilidades políticas. En consecuencia, cuando los agentes del poder no están sujetos a controles no pueden responder por sus responsabilidades políticas. Más concretamente, puedo señalar que no basta con la existencia de controles exiguos y límites insuficientes, porque esto también puede significar que la contención del poder no es real ni puede asegurar la vigencia del Estado constitucional.

La anterior precisión tiene relación con esta sección debido a que en el ordenamiento constitucional ecuatoriano la fiscalización y el juicio político tienen efectos jurídicos muy débiles. Desde la Constitución de 1998, el juicio político, luego ratificado en la de 2008, no es una institución fuerte para el balance de los poderes públicos y el contrapeso institucional. En la Constitución ecuatoriana previa a la de 1998, la censura en un juicio político tenía como efecto jurídico la suspensión en funciones de un ministro y la imposibilidad de ocupar un cargo público durante un año. Entonces, las capacidades fiscalizadoras y de control político deben ser recuperadas por el órgano legislativo para hacer contrapeso institucional al Ejecutivo, y una de las formas de hacerlo es dotando al juicio político de efectos políticos sancionadores sobre el funcionario cesado.

Desde luego, el control del poder se profundiza mediante una férrea separación de poderes y funciones que permita la fiscalización y el control político sobre la autoridad más fortalecida en sus atribuciones y competencias: el presidente de la República. Sin embargo, la estructura constitucional no asegura una organización institucional con división de poderes propicia para su control y límites. El perfil orgánico de la fiscalización en la Constitución y normas infraconstitucionales mantiene en estado de desvalorización el rol de la Asamblea Nacional, porque en la práctica sus mecanismos configuran la prevalencia del Ejecutivo y un desequilibrio político de este con respecto al Legislativo.

Según la descripción de Ayala Mora, las comisiones de la Asamblea pueden convocar a ministros y distintos funcionarios para que informen de su gestión, pero eso no trasciende necesariamente a acciones de control político por parte del pleno de la Asamblea. Asimismo, manifiesta que la Comisión de Fiscalización del ente legislativo no puede investigar denuncias y lo que hace es tramitar solicitudes de juicio político, para lo cual operan las decisiones de la mayoría dentro de esa Comisión.¹⁶

En otras palabras, el derecho y deber constitucional de los legisladores se reduce a las dinámicas de una comisión legislativa que no representa la máxima instancia de decisión de la Asamblea y tampoco debería limitar los efectos amplios de la fiscalización y el control político. Otra limitación estructural consiste en que las normas

¹⁵ Diego Valadés, “La garantía política como principio constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, p. 1263.

¹⁶ Ayala, *op. cit.*, p. 49.

constitucionales y legales sobre esta materia describen a ciertos servidores públicos como sujetos a fiscalización y control político y, de esta manera, terminan por exceptuar a otros que deben estar expuestos a estos procedimientos como una forma de garantizar los derechos de la ciudadanía a ser informada y el cumplimiento del rol político de la Asamblea para hacer contrapeso a los órganos del poder público.

Para concluir este apartado, la visión reductora en este tema, que se encuentra en la ley fundamental y en la normativa de la legislatura, es que la atribución fiscalizadora le es conferida a la institucionalidad en lugar de ser reconocida para el desempeño directo de cada legislador, lo cual ha condicionado hasta las solicitudes de información pública que pueda presentar cada asambleísta en el ejercicio de sus funciones. En rigor de verdad, haciendo pie en lo expuesto, se consagra el desprecio de los dispositivos fiscalizadores y de control político hacia las autoridades y entidades del servicio público.

4. Primacía absoluta del Ejecutivo en las políticas públicas

Concretamente, la Constitución ecuatoriana establece que el Ejecutivo ejercerá las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas.¹⁷ De ahí que este rol central del Ejecutivo carezca de mecanismos de corresponsabilidad *sine die* para el seguimiento y fiscalización política por parte de la Asamblea Nacional, por los aspectos comentados sobre sus debilidades institucionales de control político. Junto a lo dicho, se debe añadir que la Asamblea Nacional no tiene ninguna atribución constitucional en lo que toca a la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo y a su discusión para formularlo ni tampoco puede vigilar su correcta ejecución, todo lo cual se agudiza más por la determinación constitucional de su artículo 147, numeral 3, que le confiere al presidente el deber de “definir y dirigir las políticas públicas de la Función Ejecutiva”.

Si bien el Parlamento ecuatoriano tiene la atribución constitucional de aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución,¹⁸ no tiene una atribución constitucional o legal para su participación en el diseño o responsabilidad de seguimiento en la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, cuya importancia radica en que es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos, junto con la programación y ejecución del presupuesto del Estado, la inversión y asignación de los recursos públicos y la coordinación de las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados.¹⁹

¹⁷ Constitución de la República del Ecuador (2008), artículo 141, último inciso.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 120, num. 12.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 280. El Plan Nacional de Desarrollo es de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

Llegados a este punto, pues, la discusión no está en la importancia y necesidad de que el Estado tenga capacidades de planificación de las políticas, pues el problema reside en las omnipresentes competencias del Ejecutivo en el plan que formula y define las políticas públicas nacionales y en las nulas capacidades de participación de otras funciones como el Legislativo. Pero, además, hay que señalar las escasas condiciones de intervención de los gobiernos subnacionales en la preparación de las políticas públicas frente a la extrema intervención del Ejecutivo en la definición y ejecución de las políticas que forman parte de los distintos niveles subnacionales de gobierno, todo lo cual puede identificarse en el deber constitucional del presidente, previsto en el artículo 147, numeral 4, de “presentar al Consejo Nacional de Planificación la propuesta de Plan Nacional de Desarrollo para su aprobación”.

Por lo demás, si bien el Ejecutivo tiene la atribución de presentar anualmente a la Asamblea Nacional el informe sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo y los objetivos que el Gobierno se propone alcanzar durante el año siguiente,²⁰ no existe atribución constitucional expresa para que la Asamblea pueda evaluar y fiscalizar la implementación del Plan ni tampoco para hacer observaciones sobre su seguimiento e incumplimiento. Tal distinción es consecuencia, a su vez, de esa otra distinción sobre los deberes constitucionales del ente parlamentario que más podrían tener relación con el tema comentado, previstos en el artículo 120, numerales 4 y 12 de la CRE; empero, no dejan de ser disposiciones muy débiles que no significan una presencia institucional potente de la Asamblea Nacional para contar con niveles oportunos y efectivos de corresponsabilidad en la definición y seguimiento de las políticas públicas.

El modelo hiperpresidencialista ecuatoriano proyecta dos factores de desequilibrio institucional, a saber: 1) la rectoría del Ejecutivo en las políticas públicas, como instrumento *per se* de la gestión estatal que afecta la división del poder en los diferentes ámbitos de acción de los distintos niveles de gobierno provincial, cantonal, parroquial; y 2) la edificación de un modelo que excluye a otras funciones del Estado y otros niveles de gobierno en las políticas públicas por la concreción absoluta para su diseño, formulación y ejecución por parte del Ejecutivo. Nótese que, a pesar de esa constatación, el modelo constitucional de 2008 confiere y concentra en la persona del presidente²¹ muchas atribuciones y decisiones que pertenecen al conjunto de la función ejecutiva –integrada por diferentes entidades de la administración pública central e institucional–, cuando el propio texto iusfundamental dispone la responsabilidad de las políticas públicas en la institucionalidad de la función ejecutiva y no únicamente en el presidente, *contradictio in adjecto*.²²

²⁰ *Ibid.*, artículo 147, numeral 7.

²¹ *Ibid.*, artículo 147.

²² *Ibid.*, artículo 141, inciso 2, que determina lo siguiente: “La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia,

Obsérvese, en tales condiciones, que el esquema constitucional actual consolida la concentración de poder en una sola persona: el presidente, y en una sola función del Estado, el Ejecutivo, al tiempo que complejiza su excesiva intervención y control en todos los ámbitos de la vida pública y privada cuando consagra que los ministros de Estado tendrán, además de las atribuciones legales, la atribución constitucional de “ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión” (CRE, art. 154, num. 1).

Así, el peligro que significa la inclusión del término políticas públicas en el conjunto del ordenamiento constitucional –sin una determinación clara y específica de los niveles de participación estatal en los ámbitos públicos y privados y, por el contrario, fortaleciendo y apuntalando todas las posibles presencias estatales en aquellos ámbitos con la justificación de “la implementación de políticas públicas”– es que genera una estructura constitucional de hegemonía del Estado y su función ejecutiva para interferir, controlar, vigilar y sancionar todo aspecto que sea motivo de una política pública específica, lo cual crea un contexto hostil para el ejercicio de libertades, derechos y garantías frente a la supremacía del Estado y su máxima autoridad para la ejecución de políticas públicas en cualquier ámbito social, individual, autónomo o privado.

En efecto, la indeterminación y ambigüedad conceptual de las políticas públicas en la norma máxima ocasionan amplios niveles de discrecionalidad para servidores e instituciones en su relación con la sociedad. Es claro, pues, que existen instituciones con vínculos directos con la función ejecutiva que desarrollan políticas públicas que tensionan la vigencia plena de libertades públicas como las de expresión, pensamiento, comunicación, organización social, entre otras, y debilitan la autonomía de la sociedad y el contenido esencial de los derechos de libertad para los individuos.

5. Atribuciones constitucionales del presidente en desequilibrio con las atribuciones de la función ejecutiva y su falta de límites

La regla básica de más alta estirpe del Estado ecuatoriano establece como atribuciones del Ejecutivo: expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan para la buena marcha de la administración;²³ sin embargo, no existe un control parlamentario sobre ese quehacer reglamentario que puede afectar o modificar las leyes orgánicas y ordinarias mediante los contenidos normativos de cualquier reglamento aprobado por el presidente de la República.

las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”.

²³ *Ibid.*, artículo 147, numeral 13.

En cuanto a la atribución de participar en la producción legislativa, existen condiciones de superioridad presidencial con relación al órgano parlamentario cuando presenta la objeción parcial a un proyecto de ley, por las siguientes razones: 1) el ente legislativo solamente cuenta con el plazo de 30 días para discutir la objeción; 2) para ratificarse en el proyecto inicial necesita el apoyo de las dos terceras partes de sus miembros; y 3) la Asamblea no cuenta con un mecanismo para establecer que en el texto enviado de la objeción parcial se incluyeron materias no contempladas en el proyecto de ley ni abordadas en el debate legislativo, todo lo cual no puede ser sujeto de control parlamentario.²⁴ Por tanto, las potestades del Ejecutivo para presentar iniciativas legislativas en materias exclusivas y la falta de regulaciones a la iniciativa legislativa en materia económica urgente configuran una supremacía del Ejecutivo sobre el Legislativo en el desarrollo de normas infraconstitucionales.²⁵ Desde luego, la falta de límites en las atribuciones constitucionales del presidente como colegislador, en la iniciativa legislativa y en la aprobación de reglamentos para la aplicación de leyes, son expresiones estructurales del modelo constitucional que menoscaban y deterioran el rol institucional del Legislativo en la procura de velar por una República democrática.

6. Poderes máximos acumulados en el presidente y erosión de los controles recíprocos

La Constitución es la regla suprema del ordenamiento jurídico que regula el poder y crea las condiciones para su funcionamiento en el Estado. La existencia de poderes controlados y equilibrados que establezcan la vigencia de la democracia y el Estado constitucional corresponden a una garantía política como principio constitucional que permite que ese modelo estatal pueda prevalecer, a pesar de las contingencias políticas y las dinámicas del poder. Dicho de otro modo, lo esencial en un Estado constitucional es que no puede existir un poder sin controles o límites, ni tampoco un poder excesivo y desbordado frente a los demás órganos y funciones del Estado, porque aquello conllevaría formas institucionales de reducción y fragmentación del Estado constitucional.²⁶ La democracia constitucional exige modelos institucionales con poderes limitados y controlados que permitan el equilibrio estatal entre los órganos políticos y el conjunto de la institucionalidad. Cuando el presidente y

²⁴ *Ibid.*, artículo 138.

²⁵ *Ibid.*, artículos 135 y 140.

²⁶ Uno de los señalamientos medulares de Rubén Flores-Dapkevicius es el siguiente: “El control, que es un fenómeno que limita el poder, permitirá observar la eficacia y la eficiencia en el cumplimiento del cometido, así como su regularidad jurídica, evitando el abuso del poder. Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que el poder frene al poder” (Rubén Flores, “Teoría general del control en Uruguay”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, enero-junio de 2010, p. 134).

la función ejecutiva se ubican en la ley fundamental con poderes desbordados y desmedidos, se hace presente una alteración del constitucionalismo que genera permanentes conflictos con las formas democráticas del ejercicio de los derechos.

Conviene subrayar que una de las características del presidencialismo ecuatoriano es la presencia de relaciones asimétricas entre Ejecutivo y Legislativo. En tal virtud, las atribuciones constitucionales y legales para el Ejecutivo en la iniciativa legal sobre materias exclusivas, las capacidades amplias y no controladas del veto presidencial en la aprobación de leyes y las amplias facultades reglamentarias –analizadas *in comento*– inciden de manera decisiva y preponderante sobre la falta de rendimiento del Parlamento en esas atribuciones y en la aprobación de la legislación nacional que permite continuidad de las disposiciones constitucionales. Ello arruina la división de funciones o poderes, por dos razones elementales: 1) la descomunal personalización del poder, entendido como el conjunto de atribuciones constitucionales y legales a favor del presidente de la República, quien acumula los más grandes procesos decisivos para el funcionamiento de la democracia y la convierte en dependiente de la voluntad directa del jefe de Estado y de Gobierno; y 2) la limitación de la democracia participativa, que funciona a partir de las relaciones y equilibrios institucionales definidos por el Ejecutivo, cuyas definiciones debilitan otras funciones e instituciones del Estado porque reducen la representación y participación política de otros actores institucionales y sociales.

Nótese que el predominio de la figura del jefe de Estado y de Gobierno en el funcionamiento de la democracia, el andamiaje de las instituciones y su relación con la ciudadanía crean condiciones no favorables para el impulso de los derechos políticos, por la falta de estímulos institucionales a favor de la deliberación pública y la participación. Ciertamente, otra atribución que expresa el excesivo poder del presidente de la República y repercute, de manera poco democrática, en el equilibrio de poderes es su deber constitucional para la designación de diferentes autoridades que, en algunos casos, representan a órganos de control. Veamos.

1. Designación de la máxima autoridad de las superintendencias (de bancos, compañías, comunicación e información, economía popular y solidaria, control de poder del mercado y otras que puedan crearse por ley) mediante presentación de una terna.²⁷
2. Designación del procurador general del Estado mediante presentación de una terna.

²⁷ Es menester indicar que la designación de otras autoridades de control como defensor del pueblo, contralor general del Estado y otras no corresponde a la Asamblea Nacional, lo cual contribuye a la proyección de un Ejecutivo presidencial fuerte que posee mayores atribuciones políticas con relación a la función legislativa y que, en función de ese poder, puede ejercer presión pública sobre el funcionamiento de los concursos de oposición y méritos para la designación de autoridades, cuando el control político y la fiscalización de esos procesos debería ser motivo de un seguimiento contundente por parte de la Asamblea Nacional, por ser el órgano que posesiona a las autoridades designadas por esta modalidad.

3. Intervención en la Comisión de Designación de los jueces de la Corte Constitucional con delegados directos que organizan ese proceso.
4. Designación de un delegado para la integración del Consejo de la Judicatura mediante la presentación de una terna.²⁸
5. Designación del representante del Ejecutivo para los consejos de igualdad, quien también se encargará de presidirlos.
6. Designación de un delegado de la función ejecutiva a las comisiones ciudadanas de selección para la designación de los organismos de control.
7. Dirección de la administración pública (CRE, art. 147, num. 5) en el territorio nacional, compuesta por miles de entidades y dependencias públicas cuyas autoridades también son nombradas y designadas –de manera directa o indirecta– por el primer mandatario o sus cercanos colaboradores. No obstante ello, también interviene y participa en la designación de otros servidores públicos que han sido reseñados en esta sección.

Conclusiones

Desde la problemática anunciada, el sistema de gobierno presidencialista ecuatoriano funciona a partir de un diseño institucional que repercute en el óptimo desarrollo del sistema democrático republicano mediante un desequilibrio de poderes y una arquitectura estatal que afecta derechos, como los de participación, comunicación e información y los de libertad, porque deviene en un libreto constitucional con poderes superiores y predominantes para el presidente ejecutivo.

De allí que ese diseño se caracteriza por: 1) concentración de poder en una persona que asume dos funciones protagónicas para el ejercicio del poder político: jefe de Estado y jefe de Gobierno; 2) generación de la dependencia política de instituciones estatales a la función ejecutiva, porque es la instancia de mayor responsabilidad y múltiples competencias en todos los ámbitos del poder público; 3) configuración de una débil institucionalidad para garantizar la división de poderes y los controles recíprocos; 4) inexistencia de mecanismos institucionales para la cooperación y el diálogo político entre las funciones del Estado; 5) falta de incentivos institucionales para la formación de acuerdos políticos y sociales; 6) baja intervención de organizaciones políticas (movimientos y partidos) que no forman parte del Gobierno y ausencia de estímulos para su participación en la política pública;²⁹ 7) escasos mecanismos institucionales en la toma de decisiones de políticas públicas para las

²⁸ Véase *Registro Oficial* 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011, p. 3.

²⁹ Por citar un ejemplo de esta afirmación, la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, que contempla diferentes mecanismos y dispositivos de participación ciudadana para los diferentes niveles de gobierno, contiene escasos ámbitos para estos propósitos con relación a la función ejecutiva, mientras que la gran mayoría de aquellos corresponden a los niveles subnacionales de gobierno.

organizaciones sociales; 8) acumulación de poder en la figura del jefe de Estado y jefe de Gobierno, en perjuicio de las demás instituciones democráticas.

Estos elementos generan dos efectos directos: primero, el de limitar el desarrollo de la democracia deliberativa y participativa; y segundo, el de restringir los estímulos para el ejercicio de los derechos y garantías. Adviértase que las relaciones de la función ejecutiva con la función legislativa debilitan la representación política de esta última, por cuanto el predominio de atribuciones del Ejecutivo en las acciones más relevantes para la producción de políticas públicas, conjuntamente con una supremacía en las tareas de legislación y una tutelada fiscalización política del Legislativo, crean las condiciones para afectar los pesos y contrapesos para la vigencia de la democracia constitucional.

Bibliografía

- AYALA, Enrique, *¿Por qué la Asamblea Constituyente?*, Quito, La Tierra, 2015.
- CÓRDOVA, Paúl, *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- _____, *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- _____, “Los derechos a la consulta pre-legislativa y a la consulta previa, libre e informada”, *Murmullos del Sur*, vol. 1, núm. 1, año 2017. Disponible en: <https://www.sumarios.org/articulo/los-derechos-la-consulta-pre-legislativa-y-la-consulta-previa-libre-e-informada-un-estudio-de>
- _____, *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- _____, *Derechos sin poder popular*, Quito, Centro Andino de Estudios Estratégicos, Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia - Universidad Central del Ecuador, 2013.
- FLORES, Rubén, “Teoría general del control en Uruguay”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, enero-junio de 2010.
- GRIJALVA, Agustín, “Un balance de la participación en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en Andrés MARTÍNEZ y Teodoro VERDUGO (coords.), *Tensiones y contradicciones de la democracia ecuatoriana*, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2017. Disponible en: <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/30408/1/Libro%20Tensiones%20y%20contradicciones%281%29.pdf>
- VALADÉS, Diego, “La garantía política como principio constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011.

Carlos Ramón Salcedo Camacho* (República Dominicana)

Cambios y desafíos de las reformas constitucionales de los últimos 25 años en la República Dominicana

RESUMEN

A consecuencia de las diversas reformas constitucionales que han tenido lugar en la República Dominicana, se precisa conocer su contexto, sus motivaciones y sus consecuencias para la vida e institucionalidad democráticas. Este ejercicio nos permite analizar la Constitución de 2015, vigente, para ponderar su eficacia, supremacía, su fuerza normativa y, con ello, la realización práctica de sus disposiciones. Asimismo, nos ayuda a identificar los desafíos que nos plantea la Constitución de 2010, modificada por última vez en 2015, y que en su texto trazó un significativo cambio dogmático, estructural y material.

Palabras clave: reforma constitucional, independencia del poder judicial, desafíos.

ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts der Verfassungsreformen in der Dominikanischen Republik ist es notwendig, ihre jeweiligen Bedingungen, Begründungen und Auswirkungen auf die demokratischen Institutionen und ihre Arbeit zu kennen. Daraus ergibt sich die Gelegenheit, die zur Zeit gültige Verfassung von 2015 zu analysieren, um ihre Wirksamkeit, ihren Vorrang, ihre normative Kraft und damit auch die Umsetzung ihrer Bestimmungen in der Praxis einschätzen zu können. Zugleich lassen sich dadurch die Herausforderungen der Verfassung von 2010 identifizieren, die zuletzt 2015 geändert wurde und sich durch signifikante rechtsdogmatische, strukturelle und inhaltliche Änderungen auszeichnet.

Schlagwörter: Verfassungsreform, Unabhängigkeit der Justiz, Herausforderungen.

* Abogado; especialista en Derecho Constitucional, Derechos Fundamentales, Libertades Públicas, Argumentación Jurídica, Derecho Societario y Comercial, Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Dirige la firma de abogados Salcedo & Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com

ABSTRACT

As a consequence of the various constitutional reforms that have taken place in the Dominican Republic, it is necessary to know their context, their motivations and their consequences for life and democratic institutions. This exercise will allow us to see and analyze the Constitution of 2015, currently in force, in order to weigh its effectiveness, supremacy and normative strength, and with this, the practical realization of its provisions. It will also help us identify the challenges posed by the Constitution of 2010, last amended in 2015, and to see that its text marked a significant dogmatic, structural and material change.

Key words: Constitutional reform, judicial independence, challenges.

1. La reforma constitucional de 1994

1.1. Contexto político y electoral

La historia de la República Dominicana ha estado caracterizada por caprichos y acomodamientos presidencialistas para garantizar su permanencia en el poder, motivo por el cual una gran parte de las reformas que han tenido lugar, y que han puesto en riesgo la estabilidad y el carácter normativo de nuestra Constitución, han estado motivadas por la reelección, con el consecuente peligro para la estabilidad, la seguridad jurídica y la institucionalidad democrática. Esta realidad puede explicarse en la tradición autoritaria que generó pugna con los más garantistas y liberales, que provocó procesos electorales cuestionados y reformas constitucionales probablemente innecesarias o, peor aún, dañinas para nuestra *lex superior* y el tipo de Estado que con ella se instituye –social y democrático de derecho–. A modo de ejemplo, las reformas durante los periodos 1865-1899, así como en 1924, 1927, 1929 y 1963, ponen de relieve la cantidad de modificaciones que ha sufrido la carta magna vinculada específicamente al eterno retorno del tema de la reelección presidencial y la consecuente concentración de poder en manos de la figura presidencial, lo que pone en evidencia los motivos de la lucha entre liberales y conservadores durante la historia republicana.

Con este panorama, es fácil entender como lógico lo sucedido en las elecciones de 1994, tras un fraude colosal gestado desde el Poder Ejecutivo y en contra del candidato del principal partido opositor de entonces, José Francisco Peña Gómez. En efecto, en 1994 sucedió uno de los fraudes electorales más alarmantes de las elecciones celebradas en nuestro país, el cual ocurrió durante el enfrentamiento entre el Partido Reformista Social Cristiano (PRSC) y el Partido Revolucionario Dominicano (PRD) por la presidencia. Sin embargo, en esas elecciones ya el país estaba bajo la observación internacional y el fraude fue tan grosero que dio lugar al conocido y renombrado “Pacto por la democracia”, mediante el que se condicionó la presidencia

de Joaquín Balaguer, quien intentó la reelección en 1994, a una duración de dos años en lugar de cuatro y se acordó la prohibición de la reelección.

Como vemos, esta reforma fue impulsada por el fraude electoral gestado por el gobierno de Balaguer, que pretendía reelegirse por tercera vez consecutiva, luego de haber detentado tres periodos anteriores a estos dos últimos. Es por ello que el constituyente de 1994 rescató “la fórmula de 1963 que prohibía la reelección consecutiva del Presidente de turno, pero permitía su repostulación una vez transcurriera un periodo fuera del poder”.¹ Ciertamente, esta prohibición de la reelección en aquel entonces tuvo un peso importante, toda vez que con ello se entendía que se combatían los poderes exorbitantes de nuestro régimen presidencialista y se cerraba la posibilidad de mandatos perpetuos al impedir la reelección continua, es decir que permitía volver a optar por el cargo luego de un periodo fuera del poder.

Durante los últimos 25 años, con el renacer del constitucionalismo a partir de la reforma de 1994, ha sido objeto de debate el tema de si la cantidad de reformas que constantemente ha sufrido nuestra Constitución implica su inestabilidad, o incluso su fragilidad o fraude como norma suprema. Tomando en cuenta el criterio de Stern, estas modificaciones sí pudieran utilizarse como parámetro para determinar la calidad de la carta magna, o su rigidez o flexibilidad, a pesar de que otros lo visualizan como un criterio de estabilidad,² y otros –como Peña Batlle y Jorge Prats– entienden que, en el caso de la República Dominicana, la cantidad de modificaciones no ha tronchado su estabilidad, ya que el desequilibrio político que ha marcado la historia republicana no ha acarreado la inestabilidad constitucional que algunos alegan.³

Aunque sea cierto que los principios estructurales y la base jurídica del Estado –y, en general, el contenido esencial de la Constitución de 1844– no fueron alterados significativamente con las reformas al texto constitucional hasta 2010, no debe minimizarse el fuerte impacto negativo que han tenido las reformas “parciales” dedicadas básicamente a la posibilidad de la reelección o no del presidente. Estas reformas no eran para hacer cambios estructurales en beneficio del pueblo, sino para delimitar el poder presidencial, lo que hizo que básicamente tuviéramos un mismo esquema constitucional.

Debe reconocerse que como parte de los cambios que se materializaron con la reforma de 1994, la reelección tuvo un papel protagónico, en concordancia con el contexto político –fraude electoral– en el cual tuvo lugar; pero, como veremos a continuación, la reforma constitucional de 1994 trajo consigo importantes cambios institucionales que recordaron a los dominicanos que existe una Constitución y un poder constituyente –derivado– que le dan vida a la democracia y, por ende, a la soberanía popular.

¹ Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Finjus), *Constitución comentada 2015*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2015, p. 293.

² Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius Novum, 2010, pp. 84-85.

³ *Ibid.*, p. 86.

1.2. Otras novedades importantes de la Constitución de 1994

En adición a la modificación relativa a la reelección, en 1994 tuvieron lugar otras modificaciones con una incidencia altamente positiva para la institucionalidad democrática, dado que supuso el relanzamiento del Poder Judicial y su independencia al garantizar su separación de otros poderes del Estado; pero, además, con la reforma constitucional de 1994, finalmente, se reivindicó la fuerza normativa y aplicación directa a la Constitución, superando la visión liberal de pura organización de los poderes y proclamas programáticas de los derechos fundamentales que había regido al constitucionalismo desde 1966.

Así, con esta reforma cesa la facultad del Senado de designar a los jueces y se crea el Consejo Nacional de la Magistratura, como órgano encargado de dicha selección de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, la cual, a su vez, se encargaría de elegir a los demás jueces. Además de este nuevo órgano, donde se conjugaron miembros de todos los poderes del Estado (presidente, dos miembros del Poder Judicial, dos miembros del Senado y dos miembros de la Cámara de Diputados), se estableció la inamovilidad de los jueces,⁴ la carrera judicial y se dotó de autonomía administrativa y presupuestaria al Poder Judicial.⁵

Con un Poder Judicial independiente, a consecuencia de la reforma constitucional de 1994, se acentuó el énfasis en garantizar la supremacía de la Constitución, máxime ante la inexistencia, todavía para entonces, de un Tribunal Constitucional. Para esto se rescató el control de la constitucionalidad, otorgándole a la Suprema Corte de Justicia la facultad de ejercer el control concentrado de esta y de la convencionalidad, por efecto del reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenios internacionales de derechos humanos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 de la Constitución dominicana de 1994.⁶ En la tradición constitucional dominicana, los jueces siempre han tenido la facultad de ejercer un control difuso de la constitucionalidad; es decir, todos los jueces, sin importar su jerarquía en el escalafón, tienen el poder de verificar la compatibilidad de una norma con la Constitución. Por tanto, lo novedoso de la Constitución de

⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁵ Wenceslao Vega B., *Historia del derecho dominicano*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2014, p. 416.

⁶ El artículo 3, párrafo I de la Constitución de la República Dominicana de 1994 disponía: “La República Dominicana reconoce y aplica las normas del derecho internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia en favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materias primas”. Por su parte, el artículo 74.3 de la actual Constitución de la República Dominicana, de 2015, dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”.

1994 es que reconoció y otorgó el poder a la Suprema Corte de Justicia de hacer un control directo o concentrado de la constitucionalidad.

Este control concentrado –hoy competencia del Tribunal Constitucional, desde la reforma constitucional de 2010– es reconocido por tener un carácter autónomo y efectos *erga omnes* que no acompañan al control difuso. Ahora bien, en el momento de la reforma de 1994, se entendía que la competencia de la Suprema Corte de Justicia para el control concentrado se limitaba a verificar la constitucionalidad de las leyes; pero a partir de la sentencia del 6 de agosto de 1998 quedó establecido que el texto constitucional no se refería únicamente a la ley en sentido estricto, sino también a las demás normas del ordenamiento jurídico que tenían un alcance general.

En consonancia con lo anterior, la Suprema Corte de Justicia señaló en su momento que este control de constitucionalidad abarcaba

... la norma social obligatoria que emane de cualquier órgano de poder reconocido por la Constitución y las leyes, pues, [...] la Suprema Corte de Justicia, como guardiana de la Constitución de la República y del respeto a los derechos individuales y sociales consagrados en ella, está en el deber de garantizar a toda persona [...] su derecho a erigirse en centinela de la conformidad de las leyes, decretos, resoluciones y actos en virtud del principio de la supremacía de la Constitución.⁷ (Énfasis agregado)

Esta modalidad de control, rescatada de la reforma constitucional de 1924, viene a permitir nuevamente la posibilidad de que una alta corte controle la constitucionalidad de las leyes, incluso ante la inexistencia de un conflicto entre partes, lo que permite la salvaguarda de la Constitución y del orden constitucional en todo momento. Esta reintroducción del control concentrado por el constituyente de 1994 supone el reconocimiento formal de la supremacía constitucional y la reivindicación del carácter normativo de la Constitución, cuya aplicación como base de la estructura estatal y las normas debe ser asegurada en todo momento, con aplicación para todos sus destinatarios. Es precisamente este el camino que siguen las subsiguientes modificaciones constitucionales, ciñéndose a estos avances de 1994, incluida la independencia del Poder Judicial y el fortalecimiento del control de constitucionalidad.

2. Hacia una nueva y moderna constitución

2.1. Antecedentes

A partir de la reforma constitucional de 1994, tuvo lugar un periodo de aparente estabilidad constitucional y democrática, con un Poder Judicial renovado, producto

⁷ Citado por Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Finjus), *op. cit.*, p. 398.

de la elección y ratificación de jueces por parte de la Suprema Corte de Justicia, que fueron el resultado de un concurso de oposición realizado en un extendido y amplio proceso nacional de entrevistas públicas y transparentes, y un control concentrado de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, como garantía de la supremacía e integridad de la Constitución, acompañado de una política de modernización de la administración pública y un incipiente debate sobre la adopción de marcos normativos modernos que fortalecieran la institucionalidad democrática del país.

Esto implicó una revalorización y reconocimiento de la Constitución como lo que es, la norma fundamental del ordenamiento jurídico, entendida entonces como “una fuerza activa que hace, por un imperio de necesidad, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean lo que realmente son, de tal modo que, a partir de ese instante, no puedan promulgarse, en ese país, aunque se quisiese, otras cualesquiera”.⁸

Es por ello que en este periodo se adoptaron nuevas leyes y se aprobaron una serie de instrumentos internacionales que implicaron una modernización y avance palpable en materias como la de niños, niñas y adolescentes, violencia intrafamiliar, seguridad social, derecho comercial, inversiones, lavado de dinero, narcotráfico, terrorismo, mujer, derechos individuales, juventud, cultura, telecomunicaciones, medio ambiente y recursos naturales.⁹

Esta modernización, actualización legislativa y aprobación interna de pactos, convenios, convenciones y recomendaciones internacionales de derechos fundamentales ha implicado, desde entonces, grandes retos y desafíos para el país. De hecho, quedaron muchas tareas pendientes en la reforma de la Constitución de 1994, debido a que fue el producto de una presión, coyuntura y circunstancias políticas que ameritaban una respuesta rápida del constituyente derivado. Además, la realidad dominicana requería cada vez más un texto constitucional que respondiera al pragmatismo y a los avances que se habían logrado hasta el momento en diversas esferas de la sociedad y, en particular, en los planos jurídico y judicial.

En este contexto tiene lugar la reforma constitucional de 2002, aunque no surge precisamente con la intención de dar respuesta a los aspectos que ameritaban un ajuste importante en el contenido del texto constitucional.

En 2002 tiene lugar lo que sería otro caso más de modificación constitucional para responder a intereses del poder político de turno, no en provecho de los intereses generales y colectivos de la población y para el fortalecimiento del Estado de derecho. Como las 36 reformas anteriores, la de 2002 –reformada 15 veces hasta 2002 para el tema de la reelección o para mayor acumulación de poder, en 12 periodos gubernamentales durante los hasta entonces 158 años de vida republicana– otra vez se concentró en modificar la modalidad de reelección intermitente que se instauró

⁸ Ferdinand Lassalle, *Monografías jurídicas*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 41-42.

⁹ Vega B., *op. cit.*, pp. 419-423.

en la reforma de 1994.¹⁰ En este sentido, se dejó a un lado la prohibición de reelección inmediata establecida tras el “Pacto por la democracia”, y, por el contrario, en su artículo 49 señaló: “El presidente de la República podrá optar por un segundo y único periodo constitucional consecutivo, no pudiendo postularse jamás al mismo cargo, ni a la Vicepresidencia de la República”.

Como puede verse, la reforma constitucional de 2002 trajo consigo una novedosa fórmula de la reelección presidencial, pues establece que solo se permite un segundo y único periodo consecutivo, lo que coincide con el modelo de Estados Unidos de América que, a partir de la vigesimosegunda enmienda a la Constitución de dicha nación, que trata sobre la sucesión presidencial, establece un límite de mandatos al presidente.¹¹ Como he apuntado antes, el texto anterior solo consagraba el impedimento de reelección consecutiva, sin limitar la cantidad de veces que podía ocuparse la presidencia, luego de transcurrido un periodo fuera del mandato. No obstante, sigue siendo una reforma que no respondió probablemente al interés colectivo y que se ha vuelto una práctica común para nuestra historia, la cual ha sido objeto también de posteriores modificaciones coyunturales, solo para resolver la reposulación y potencial reelección presidencial, tan altamente segura como la concentración y recursos del Ejecutivo, puestos al servicio de la permanencia en el poder.

2.2. La reforma constitucional de 2010

Los avances normativos, institucionales, sociales y económicos gestados y producidos a partir de la década de los noventa, desde finales de 2008 y durante todo el año 2009, hicieron posible una reforma profunda de la Constitución. Fue así como, producto del consenso de los diversos sectores sociales, el 26 de enero de 2010 fue proclamada una Constitución innovadora, que reformuló al Estado dominicano.

Llega, pues, una Constitución que proclama a la República Dominicana como un Estado social y democrático de derecho, incluyendo en su cuerpo un amplio catálogo de derechos fundamentales, la garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva, así como –y quizás su mayor contribución al Estado de derecho– la fuerza y el carácter normativo y, en consecuencia, de aplicación directa obligatoria

¹⁰ El artículo 49 de la Constitución de 1994 establecía: “El Poder Ejecutivo se ejerce por el presidente de la República, quien será elegido cada cuatro años por voto directo, no pudiendo ser electo para el periodo constitucional siguiente”.

¹¹ La sección 1 de la enmienda número XXII de la Constitución de Estados Unidos de América indica: “Sección 1. No se elegirá a la misma persona para el cargo de presidente más de dos veces, ni más de una vez a la persona que haya desempeñado dicho cargo o que haya actuado como presidente durante más de dos años de un periodo para el que se haya elegido como presidente a otra persona. El presente artículo no se aplicará a ninguna persona que haya ocupado el puesto de presidente cuando el mismo se propuso por el Congreso, ni impedirá que la persona que desempeñe dicho cargo o actúe como presidente durante el periodo en que este artículo entre en vigor, desempeñe el puesto de presidente o actúe como tal durante el resto del referido periodo”.

de la Constitución, y la interpretación que los poderes públicos deben hacer de la norma fundamental; conforme al artículo 74, estos “interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

Asimismo, con esta Constitución se otorga un carácter constitucional al estatuto de la función pública, que, conforme a su artículo 142, consiste en “un régimen de derecho público basado en el mérito y la profesionalización para una gestión eficiente y el cumplimiento de las funciones esenciales del Estado. Dicho estatuto determinará la forma de ingreso, ascenso, evaluación del desempeño, permanencia y separación del servidor público de sus funciones”.

Es decir, que la Constitución resalta los méritos de los funcionarios y “confiere una naturaleza estatutaria al régimen jurídico de las relaciones de los servidores públicos”,¹² a fin de alcanzar una gestión caracterizada por la eficacia. En este tenor, se proscribe la corrupción administrativa, como guía de actuación y gestión gubernamental eficiente e íntegra, y se faculta al legislador establecer un plazo mayor de prescripción de estos delitos (CP, art. 146), e igualmente se contempla a la administración pública como un ente distinto del Gobierno, con principios rectores que orientan su actuación frente a las personas.

En materia institucional se crea el Consejo del Poder Judicial, como órgano rector del Poder Judicial, y el Consejo Superior del Ministerio Público, instituciones cuya autonomía es fortalecida en la Constitución de 2010. También se crea como órgano constitucional la Defensoría del Pueblo, que tiene por misión servir de fiscalizador de los poderes del Estado en el cumplimiento de sus funciones en relación con la garantía y efectividad de los derechos fundamentales.

Pero, como una manifestación de retroceso, la reforma constitucional de 2010 modificó la composición del Consejo Nacional de la Magistratura al incluir al procurador general de la República, quien es la cabeza del Ministerio Público, forma parte del sistema judicial y es un funcionario de libre nombramiento por parte del presidente de la República, lo que entraña un claro conflicto de intereses, pues de él dependen jerárquicamente los procuradores y fiscales, a través de los cuales se manifiesta en el sistema de justicia la política de persecución y acusación del delito. Además de elegir a los miembros de la Suprema Corte de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura también elige a los jueces del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior Electoral, que constituyen los órganos considerados como extrapoderes.

Asimismo, con la Constitución de 2010 se crearon dos altas cortes más: el Tribunal Superior Electoral y el Tribunal Constitucional, con funciones de cierre en materia electoral y constitucional, respectivamente. Este Tribunal Constitucional se crea en defensa del orden constitucional y los derechos fundamentales, y para garantizar

¹² Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Finjus), *op. cit.*, p. 317.

la supremacía de la Constitución; de esta manera, se establece el carácter vinculante de sus decisiones o precedentes, de conformidad con el transcrito artículo 184, así como su competencia para ejercer el control concentrado (CP, 2010, art. 185). Incluso, la disposición referente al control concentrado declara de manera más precisa que la Constitución de 1994 cuáles son las personas que tienen calidad habilitada para ejercer la acción en inconstitucionalidad, al disponer que dicha acción está permitida “para cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”.

El Tribunal Constitucional adquiere su competencia para ejercer el control concentrado por disposición expresa de la propia Constitución que lo crea. En efecto, el artículo 185 de este texto constitucional dispone que es el órgano competente para conocer en única instancia tanto las acciones directas de inconstitucionalidad contra leyes, decretos reglamentos, resoluciones y ordenanzas, como también del control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo. Este último aspecto es de suma importancia, teniendo en cuenta que algunos tratados, específicamente los relativos a los derechos humanos, son de aplicación directa e inmediata conforme al artículo 74.3 de la Constitución.

En adición, conforme al artículo 26 de la Constitución, la República Dominicana es un país miembro de la comunidad internacional, apegado a las normas del derecho internacional, por lo que se hace imperativo un control de convencionalidad en virtud de que se entiende que no deben permitirse violaciones de los tratados internacionales. Esto se debe, como he adelantado, a que “nuestro país ha decidido constitucionalizar los instrumentos internacionales que hayan sido debidamente ratificados, los cuales tendrán aplicación interna, y especialmente los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos los que, según la misma Constitución poseen rango constitucional”.¹³

Sin embargo, más que una simple aplicación de los tratados internacionales debidamente ratificados por la República Dominicana y la jurisprudencia internacional, por encima de las leyes y demás instrumentos legales domésticos, lo que debe buscarse con este control de convencionalidad, como lo han expresado ya otros como el juez Eduardo Ferrer Mc-Gregor,¹⁴ es una armonía entre la normativa interna y la convencional, en aras de salvar “la convencionalidad de la norma interna”.¹⁵ De todos modos, la obligación de este control de convencionalidad se deriva del control mismo de constitucionalidad que deben ejercer los jueces, a fin de que tengan eficacia las normas internacionales constitucionalizadas por la República Dominicana y, por tanto, este ejercicio compone un control de la Constitución en sí misma, que

¹³ Luis Antonio Sousa, *Control de convencionalidad en República Dominicana*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2011, p. 80.

¹⁴ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mc-Gregor Poisot, párr. 35 (citado por Sousa, *ibid.*, pp. 98-99).

¹⁵ *Ibid.*, p. 99.

conduce a velar por que el Estado dominicano no “incurra en una inconveniencia, provocando así la responsabilidad internacional del Estado”.¹⁶

En cambio, el Tribunal Superior Electoral es instituido como el órgano competente para juzgar con carácter definitivo los conflictos contenciosos electorales y los diferendos internos y entre los partidos y demás agrupaciones políticas (CP, 2010, art. 214).

La reforma constitucional de 2010 también demuestra la voluntad del constituyente de profundizar los mecanismos de participación ciudadana en los actos más trascendentales para la vida democrática. Esto se manifiesta en el establecimiento de herramientas tendientes a permitir una democracia participativa en la que los ciudadanos puedan intervenir en la elaboración de leyes y consultas vinculantes sobre aspectos fundamentales para la convivencia democrática. Algunas de estas herramientas o modalidades de participación ciudadana son: el referendo, el plebiscito y las iniciativas normativas municipales.¹⁷

Con la Constitución de 2010, el sistema legislativo también se innovó en tanto que prevé dos tipos de leyes posibles de ser aprobadas por el Congreso Nacional. La Constitución prevé las leyes ordinarias y las leyes orgánicas, estas últimas son las que versan sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, la estructura de los poderes públicos, el régimen económico, la organización del territorio, el régimen electoral, entre otros aspectos estructurales del Estado (CP, 2010, art. 112). En este sentido, del cuerpo de la Constitución se derivan las diferencias entre leyes orgánicas y ordinarias, las cuales recaen sobre su elemento material y formal. De un lado, las leyes orgánicas recaen sobre materias reservadas, como las mencionadas precedentemente, que se entiende que ameritan mayor estabilidad por los temas que tocan y, por ende, requieren un procedimiento de producción y modificación más riguroso en cuanto a *quorum* y a mayoría calificada. Por el contrario, las leyes ordinarias son más abundantes, pues regulan todo lo que no es competencia de las leyes orgánicas y pueden aprobarse y modificarse conforme a la mayoría simple legislativa que dispone el artículo 84 de la Constitución.¹⁸

En cuanto a la reelección, en un claro retroceso democrático y para responder a las necesidades de permanencia en el tiempo del detentador del poder, con la consiguiente afectación del principio de la democracia, de alternabilidad en el mando, para impedir la eternización de liderazgos y la creación de otros, la Constitución de 2010 vuelve a la fórmula de 1994, esto es, a la prohibición de la reelección inmediata; pero deja abierta la repostulación infinita del presidente saliente para otros periodos alternos, es decir, luego de transcurrido un periodo fuera del poder. En todo caso, la reelección ilimitada propicia que se mantengan figuras mesiánicas y liderazgos únicos, con el consiguiente secuestro de la democracia y una alta concentración de

¹⁶ *Ibid.*, p. 97.

¹⁷ Vega B., *op. cit.*, pp. 488-492.

¹⁸ Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Finjus), *op. cit.*, p. 293.

poder, que conllevan siempre abusos y arbitrariedades, acompañados de un uso desmedido de los recursos públicos.

Esta disposición de la Constitución de 2010, nuevamente conllevó otra reforma constitucional, la cual tuvo lugar en 2015, y se limita a alterar la cláusula de la reelección presidencial, que dispone la modalidad aún vigente:

Artículo 124. Elección presidencial. El Poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente o la Presidenta de la República, quien será elegido o elegida cada cuatro años por voto directo. El Presidente o la Presidenta de la República *podrá optar por un segundo periodo constitucional consecutivo y no podrá postularse jamás al mismo cargo ni a la Vicepresidencia de la República.*

Con la reforma de 2015, se volvió otra vez a la fórmula de 2002, de un periodo consecutivo y nunca más la que parece ser la modalidad más aceptada en la sociedad dominicana.

En fin, con una nueva Constitución como la de 2010, reformada en 2015, la República Dominicana parece haber hecho avances positivos hacia la modernización y consolidación de un Estado social y democrático de derecho, garante de la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos de los ciudadanos, de todos los pilares de la nación y de las relaciones internacionales. Ahora bien, ¿abundan más estos avances que los retrocesos? O, más aún, ¿se han superado los retos y desafíos de la República Dominicana con ocasión de estos avances del texto constitucional?

3. Retos, desafíos y perspectivas de las reformas constitucionales en la República Dominicana

3.1. Necesario reforzamiento de la normatividad de la Constitución como garantía de su supremacía

Si bien es cierto que la Constitución de 2010, modificada en 2015, plantea múltiples avances a favor de la constitucionalidad y modernización del Estado, no se puede negar que ha dejado desafíos que se enfrentan con la eficacia que de ella se espera como *living constitution* o “constitución viviente”. Con este término se entiende la Constitución como

... un ente con vida que evoluciona a través del tiempo para responder a los cambios de la sociedad. Pero como no es posible convocar recurrentemente a un proceso constituyente o reformador de la Constitución, esa vida la recibe de quienes tienen la autoridad de interpretar el significado de sus disposiciones y aplicarlas a situaciones particulares, ya sean las cortes de justicia, los tribunales constitucionales o una mezcla de ambos.¹⁹

¹⁹ Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Finjus), *op. cit.*, p. 28.

Nuestra carta magna, conforme lo establece su propio contenido, está llamada a ser una Constitución viviente, capaz de dar respuesta tanto a las situaciones generales como particulares por aplicación de sus disposiciones. Igualmente, se espera que las disposiciones de la Constitución sean no solamente necesarias, sino suficientes para responder a la realidad del país, no obstante los cambios que tengan lugar en el plano pragmático, ya sea en la justicia, la economía o cualquier otro renglón de interés colectivo y subjetivo.

La Constitución de 2010 se erige como un texto constitucional abierto, en tanto que sus principios rectores permiten a los poderes públicos elaborar las reglas que disciplinan la conducta en sociedad y hacer las interpretaciones conforme al texto que de alguna manera permitirán adaptar situaciones no previstas por el constituyente y que sean propias de la evolución institucional, económica, cultural y social del país.

En consecuencia, es en esta necesidad de adecuación con la realidad, entre el ser y el deber ser, que debemos preguntarnos cuáles son desafíos que aún se asoman en nuestra constitucionalidad. Más claramente, ¿cuáles debilidades ponen en riesgo la identificación de nuestra carta magna como una norma superior viviente, a la que deben su correspondencia? ¿Acaso la inobservancia de estas falencias, imprevisiones y lagunas pone en peligro la supremacía de la Constitución?

Sin duda alguna, el debilitamiento de la separación real en el funcionamiento de los poderes públicos y la inexistencia de suficientes mecanismos para garantizar el cumplimiento de los precedentes emitidos por el órgano constitucional creado en la reforma constitucional de 2010, son algunos de los factores que propician el alejamiento entre el contenido de nuestra norma superior con lo que ocurre en el plano pragmático. Tenemos un Tribunal Constitucional creado por la Constitución, encargado de velar por el cumplimiento y control de la constitucionalidad, cuyas decisiones no cuentan con mecanismos suficientes que coaccionen a los obligados a su cumplimiento o que, aun contando con muchos de ellos, no ejerce todo su poder constitucional.

En consonancia con lo anterior, la práctica ha puesto en evidencia que la imposición de un *astreinte* resulta ser una herramienta fútil en diversas ocasiones, a la hora de requerirse el cumplimiento de un precedente. Sin el acatamiento de este es imposible que la supremacía de la Constitución –de la cual este órgano constitucional debe fungir como garante– se pueda materializar más allá de su formal disposición en el texto escrito constitucional que la contempla. No obstante, esta es la fecha en que aún no se ha ampliado el catálogo de sanciones por el incumplimiento de las decisiones emanadas por el órgano constitucional, las cuales bien pudieran consistir –como he expresado en más de un escenario y ocasión– en consecuencias de índole penal y administrativa, o incluso en la configuración de un nuevo tipo penal por desacato de las decisiones.²⁰

²⁰ Carlos Salcedo, “Incumplimiento de sentencias del tribunal constitucional en la República Dominicana: retos y soluciones”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*,

La misma Constitución contempla la importancia de hacer ejecutar lo juzgado (CP, 2015, art. 149, párr. I); asimismo, los artículos 9, 50, 71, 89 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y los Procedimientos Constitucionales 137-11 también se refieren a la ejecución. En este sentido, se ha establecido también que la tutela judicial efectiva consignada en el artículo 69

... comprende –en palabras del Tribunal Constitucional Español– un contenido complejo que incluye los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y, el derecho al recurso legalmente previsto. De lo anterior se desprende que *la tutela judicial efectiva engloba también el derecho a ejecutar las decisiones judiciales, tan necesario para que la tutela efectiva sea tal, y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula del Estado social y democrático de derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no solo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado.*²¹ (Énfasis agregado)

Otro ejemplo de discordancia entre la ideología racionalista de la Constitución y la práctica que le sigue a este instrumento normativo es el debilitamiento de las funciones gubernamentales en poderes separados, que disponen los artículos 4 y 7 de la Constitución vigente. De manera particular, vale la pena referirse al Poder Judicial, cuya independencia de los demás poderes había sido una novedad y un significativo avance del texto constitucional de 1994. En este sentido, a partir de 2010, como indiqué más arriba, se agrega a la composición del Consejo Nacional de la Magistratura al procurador general de la república, “lo que implicó que este órgano tiene ahora un miembro que no es de elección popular sino escogido por el presidente de la República, lo que acentúa su poder”.²² Esto se agrava con el hecho de que las funciones de este Consejo Nacional de la Magistratura también fueron ampliadas, lo que marcó el fin de la inamovilidad de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, con el consiguiente condicionamiento de su independencia y, con ello, de su corolario de imparcialidad, al facultarse a este consejo para evaluar cada siete años a dichos jueces y, al mismo tiempo, de elegir a los jueces de nuestros más altos tribunales, incluidos los magistrados del mismo Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior Electoral, con lo cual los intereses del poder político quedan seguramente mejor resguardados.

Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2018.

²¹ TC/0110/13 del 4 de julio de 2013.

²² Vega B., *op. cit.*, p. 490.

3.2. Desafíos del constitucionalismo dominicano contemporáneo

Si la Constitución de 2015 proclama que el país es un Estado social y democrático de derecho en el cual impera la separación de los poderes del Estado y la supremacía de la Constitución como norma superior de carácter vinculante (CP, 2015, arts. 2, 4, 6 y 7), es lógico que toda situación práctica que se aleje de estas prescripciones constituye un desafío actual para el país, en la lucha por que la Constitución encuentre eficacia en su respuesta a la realidad y con ello se logren los objetivos constitucionales de garantía y efectividad de los derechos fundamentales como requisito para la vida digna, consagrada en el *corpus* constitucional. Estos desafíos, de importancia para todos, giran principalmente en torno a la consolidación de la democracia, la alternancia en el poder y la necesaria separación de poderes, como concreción del principio democrático y con esto del poder del pueblo, o, más bien, de quien debe, por disposición constitucional y de la democracia, mandar en el país, que es aquel (el pueblo).

Se debe reconocer que la democracia implica más participación ciudadana de la que hoy día se registra y es por ello que, incluso, se ha debatido sobre la posibilidad de una asamblea revisora de la constitución de elección popular. Aun cuando algunos podrán argumentar que el pueblo está representado en el Congreso a la hora de reunirse en asamblea revisora, lo cierto es que, en la práctica, los integrantes del mismo tienden a inclinarse por intereses políticos que escapan de lo que es probablemente la verdadera voluntad del pueblo, quien tiene que atenerse a los resultados que “el poder” entienda convenientes en el momento, desdiciendo muchas veces que el pueblo es el real mandante y los representantes sus mandatarios.

Por lo ya visto, cabe hablar de una expansión de los mecanismos de participación democrática disponibles, para que el pueblo pueda cultivar una democracia más participativa. Esta necesaria participación es lo que justifica la existencia del referendo, plebiscito, presupuesto participativo, audiencia pública, consulta popular del Consejo Económico y Social, entre otras.²³ En cuanto al referendo, tenemos dos tipos, el del artículo 210 de la Constitución y el referendo aprobatorio del artículo 272 del mismo instrumento legal. En primer lugar, ambos se encuentran limitados a asuntos específicos sobre los cuales puede versar la participación popular por esta vía. En segundo lugar, el referendo del artículo 210 contempla funciones restringidas que, además, no pueden ejecutarse sin la aprobación del Congreso por las dos terceras partes de los presentes en cada cámara.

Los mecanismos de participación popular, como herramientas de una democracia más participativa, pueden y deben servir de apoyo para la concreción de la separación de poderes. Se trata de fomentar una sociedad con ciudadanos activos, involucrados en las decisiones de interés común y preocupación por la estabilidad tanto política como constitucional. Indiscutiblemente, estas tendencias de una

²³ Fundación Institucionalidad y Justicia Inc. (Finjus), *op. cit.*, p. 450.

democracia más participativa y directa son las que vale traer a colación a la República Dominicana, toda vez que

El surgimiento de estos mecanismos de democracia directa en la actualidad, se asienta en una crisis de la democracia representativa, en el incremento de la desconfianza de los y las ciudadanas en la política expresada en la baja participación electoral [...] y en constantes manifestaciones de protestas y revueltas sociales contra gobiernos representativos incapaces de gestionar la crisis sistemática actual (Welp, 2008), o el cambio de época, como afirma Subirats (2012).²⁴

Es una práctica común tanto en América Latina como en otras partes del mundo, la inclusión de mecanismos que conduzcan hacia una democracia más participativa y directa del ciudadano, como la: “consulta popular: referéndum/plebiscito, iniciativa legislativa popular, revocatoria de mandato de los elegidos popularmente, control social del Estado, y planificación y elaboración de políticas públicas con participación popular vinculante”.²⁵ También se encuentra la consulta popular, los presupuestos participativos, las auditorías ciudadanas, la participación popular en la elaboración de planes económicos, productivos y sociales, entre otros, de los cuales la actual Constitución de la República Dominicana prevé algunos, como se indica enseguida.

Es evidente que no todos estos mecanismos se encuentran previstos para la República Dominicana y que no todos ellos son necesarios o ideales para nuestro caso. Es, entonces, nuestro reto analizar cuáles de ellos podrían aplicarse para reforzar nuestra democracia y garantizar su institucionalidad, incluso con ajustes a los mecanismos que sí tenemos previstos en el país, para que estos puedan ser realmente eficaces en el mundo real, tales como iniciativa popular, legislativa y municipal (CP, 2015, arts. 22 y 97), el referendo, el plebiscito y la iniciativa normativa municipal, los presupuestos participativos (CP, 2015, art. 206) y el referendo aprobatorio (CP, 2015, art. 272).

De ninguna manera esto significa que debe desbordarse el uso de la participación ciudadana, la cual, en exceso, también puede dar lugar a crisis institucionales o retrocesos en materia de derechos fundamentales. Los mecanismos de participación ciudadana deben regularse de manera tal que no sean desnaturalizados para tomar decisiones en torno a coyunturas efímeras que pongan en peligro el principio republicano establecido en el artículo 4 de la Constitución, el cual implica que el Gobierno de la nación es “esencialmente civil, republicano, democrático y representativo”. Esta regla no puede ser derogada ni defraudada por medio de mecanismos de participación popular. Lo mismo que con la restricción o supresión de derechos

²⁴ Edwin Ramón de Jesús Castro, *Los mecanismos de democracia participativa y mecanismos de democracia directa en la actualidad*, Tesis doctoral, Managua, 2016.

²⁵ *Idem*.

fundamentales, los mecanismos de participación popular establecidos en la Constitución no pueden servir de base para decidir sobre temas vinculados a los derechos fundamentales reconocidos a nivel interno como en los tratados internacionales.

Sin embargo, los mecanismos de participación deben ser lo suficientemente eficaces en su concepción como para que sean eficaces en la práctica y que la voluntad del pueblo prime en los diferentes aspectos de la vida como nación, ya que, a fin de cuentas, los gobernados sufren o se benefician de los efectos de las decisiones de los gobernantes, siempre y cuando se tengan como norte el principio republicano, la supremacía constitucional y los derechos fundamentales como fundamentos del Estado social y democrático de derecho proclamado en la Constitución.

En este mismo sentido se expresa Ana Aizpuru al establecer que “sí resulta conveniente la regulación de la democracia directa porque refuerza la legitimidad democrática [...] pero siempre muy cautelosa ya que, por un lado, una regulación muy vaga, amplia o permisiva podría desvirtuar su finalidad, mientras que una muy restrictiva podría hacerlas inefectivas”.²⁶ La regulación adecuada de los mecanismos participativos en sí misma, sin incurrir en excesos y siendo suficiente para garantizar su efectividad, es incluso otro reto para la República Dominicana.

Cabe mencionar que el referendo aprobatorio del artículo 272 de la Constitución toma lugar solo después de que la reforma constitucional ha sido aprobada por la asamblea nacional y solo cuando la modificación se trate sobre aspectos expresamente establecidos en el mismo, dentro de los cuales no se encuentra el tema de la reelección, por ejemplo. Probablemente, son las restricciones para el ejercicio de estos referendos lo que en la práctica impide una democracia más activa y participativa como la que se espera. Además, la reelección sigue quedando a merced del poder político, puesto que ninguno de los referendos mencionados ha permitido que la población participe directamente en el establecimiento del criterio para la reelección o bien detenga las modificaciones constitucionales que se han centrado en este aspecto ni tampoco se contempla la posibilidad de poder someter la pregunta a referéndum ordinario, lo cual quizás sea lo más conveniente, ya que, sin garantías de control político, el Poder Ejecutivo puede utilizar el mecanismo a su favor y provocar más inestabilidad en torno a la reelección presidencial.

A lo anterior se añade el reto de lograr alternancia en el poder, lo cual está ligado al tema de la reelección presidencial, cuya formulación actual es quizás la más conveniente para evitar la perpetuidad de un mismo mandato en perjuicio de la sociedad, como ha demostrado la historia republicana.

La modalidad actual que dispone la posibilidad de dos periodos consecutivos, y nunca más, debe mantenerse, y es un desafío para el país detener las modificaciones que normalmente se dan en cuanto a este aspecto en aras de prolongar el mandato

²⁶ Ana Aizpuru, *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, t. I, Parte General, Madrid, La Ley, 2012, pp. 530-531.

presidencial. No impedir esto nos ahogaría incluso más en este estado del cual no hemos podido salir, donde la figura del presidente tiene tanto poder que en un panorama electoral favorable puede quebrantar la esperada separación de poderes que dispone nuestra Constitución.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) ha señalado que el derecho a la reelección no es un derecho humano, sino que se deriva del derecho a la participación política, cuyos límites evitan la perpetuación en el poder y que la democracia se convierta en una dictadura *de facto*.²⁷ De hecho, la Comisión de Venecia en su informe sobre la reelección indica que “la decisión de alterar o remover los límites a los mandatos presidenciales debe estar sujeta al escrutinio público, dado que tiene un impacto significativo en el sistema político, en la estabilidad del país y en la confianza sobre el sistema electoral”.²⁸

La muestra de esto viene justamente con la inclusión del procurador general de la República en el Consejo Nacional de la Magistratura y su instrumentalización para la designación de los jueces, pues el Poder Ejecutivo cuenta con dos votos fijos más los votos del partido de gobierno que, a su vez, lidera, las presidencias de las cámaras legislativas y tiene, *de facto*, la mitad de los votos, con un voto decisivo adicional en caso de empate. Esto ha implicado un gran desafío para impedir que, en la práctica, el Poder Judicial y las altas cortes sean liderados por el Poder Ejecutivo o sus seguidores políticos, aunque evidentemente esto es coyuntural y amerita que los mecanismos electorales sean fortalecidos para impedir el uso de fondos públicos por parte del Poder Ejecutivo para apoyar las campañas municipales y congresuales del partido de turno, y asegurarse una mayoría aplastante.

La limitación del poder presidencial; la garantía de la alternancia en el poder y con ello la renovación paulatina de la dirigencia política del país; el fortalecimiento del sistema electoral para garantizar el acceso al Poder Legislativo y a los ayuntamientos, para que sean la verdadera manifestación del pluralismo político, social, económico y cultural como base fundamental del desarrollo institucional; el logro de la paridad de participación de hombres y mujeres en los puestos públicos; así como la ampliación de los mecanismos de democracia participativa, levantando los obstáculos que los hacen ineficaces, y la garantía de la independencia de las altas cortes y el Poder Judicial son los desafíos en ciernes para el constitucionalismo dominicano contemporáneo, cuya superación redundará en más y mejor democracia, y más y mejor Estado de derecho.

²⁷ Ver Organización de los Estados Americanos (OEA), Mensaje del Secretario General de la OEA sobre opinión de la Comisión de Venecia sobre reelección presidencial, Washington, OEA, 2018.

²⁸ Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia), Informe sobre los límites de la reelección, 20 de marzo de 2018.

Conclusiones

Es innegable la fuerte incidencia que la historia y los escenarios políticos del país han logrado en el contenido y la eficacia constitucional, evidenciada en la inestabilidad del tema de la reelección presidencial en las distintas reformas y la cantidad de reformas realizadas. Como hemos visto, en su mayoría esto ha sido provocado por la persistencia de fuertes intereses políticos que se concentran en la figura presidencial, así como en la deficiencia de mecanismos para lograr la adecuación entre el ser y el deber ser que supone el racionalismo metodológico. Esto ha ocasionado un deterioro aún latente en la independencia y separación de los poderes del Estado, en la estabilidad constitucional, la supremacía de la Constitución y en la democracia.

En definitiva, se ha logrado poner de relieve las deficiencias, los desafíos que incluso la Constitución de 2015 ha dejado y que deben ser atendidos. En consecuencia, la República Dominicana debe preocuparse por afianzar las bases del Estado social y democrático de derecho que instituye la Constitución, robusteciendo los mecanismos de participación ciudadana para que sean eficaces, ampliándolos y cuidándolos con un sistema electoral que impida la manipulación de la voluntad ciudadana a través de los sistemas de subsidios y transferencias monetarias con los que se intenta paliar la pobreza y sus desigualdades, así como para lograr la aplicación real de todo su contenido, a fin de vencer el abismo que queda entre el deber ser y el ser que propone el racionalismo metodológico y el cual resulta altamente peligroso para el constitucionalismo actual.

Bibliografía

- AIZPURU, Ana, *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana*, t. I, *Parte General*, Madrid, La Ley, 2012.
- CASTRO, Edwin Ramón de Jesús, *Los mecanismos de democracia participativa y mecanismos de democracia directa en la actualidad*, Tesis doctoral, Managua, 2016. Disponible en: <http://repositorio.uca.edu.ni/3252/1/UCANI4202.pdf>
- COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (Comisión de Venecia), Informe sobre los límites de la reelección, 20 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-sobre-los-limites-a-la-reeleccion-Espanol.pdf>
- FUNDACIÓN INSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA INC. (Finjus), *Constitución comentada 2015*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2015.
- LASSALLE, Ferdinand, *Monografías jurídicas*, Bogotá, Temis, 1997.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Mensaje del Secretario General de la OEA sobre opinión de la Comisión de Venecia sobre reelección presidencial*, 9 de abril de 2018. Disponible en: http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-011/18

- PRATS, Eduardo, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius Novum, 2010.
- SALCEDO, Carlos, “Incumplimiento de sentencias del tribunal constitucional en la República Dominicana: retos y soluciones”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung (KAS), 2018.
- SOUSA, Luis Antonio, *Control de convencionalidad en República Dominicana*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2011.
- VEGA, Wenceslao, *Historia del derecho dominicano*, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2014.

Omar Sar Suárez* (Perú)

El control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú (1996-2018)**

RESUMEN

En el presente trabajo se analizan los avances registrados en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley en el Perú. Luego de mapear todas las demandas de inconstitucionalidad planteadas a lo largo de 22 años, se comparan los resultados segmentándolos por Pleno, por parte y por sentido resolutivo, tomando en cuenta, además, las materias sobre las que giraron los procesos y los derechos fundamentales involucrados. El análisis de los resultados arroja luz sobre su funcionamiento y permite detectar algunos retos de cara al futuro.

Palabras clave: proceso de inconstitucionalidad, control concentrado, Tribunal Constitucional.

* Doctor en Derecho; magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú; presidente del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Universidad de San Martín de Porres. osars@usmp.pe

** El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación desarrollado por el Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres, en el que participaron Héctor Flavio Rodríguez Benavente, Karoll Porras Durán, José Francisco Raffo Miranda, Fiorella Daffna Mantilla Camargo, Ruth Mendoza Medrano y Kristell Vargas Antinori.

Todos los datos, cuadros y gráficos fueron recogidos, desarrollados y analizados por los miembros del Centro de Estudios de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres.

Agradecemos las valiosas opiniones aportadas por nuestros colegas los profesores Edgar Carpio Marcos y Silvana Casanova, así como por el bachiller en Derecho Pablo Córdova Medina. Asimismo, expresamos nuestra gratitud a la doctora María Candelaria Quispe Ponce por la información proporcionada respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert die Fortschritte bei der konzentrierten Kontrolle der Verfassungskonformität von Gesetzen in Peru. Im Anschluss an eine Bestandsaufnahme aller Verfassungsklagen über einen Zeitraum von 22 Jahren werden die Entscheidungen nach Beschlüssen des Plenums, von Teilen des Plenums und nach dem Tenor der Beschlüsse unterteilt, wobei auch die in den Verfahren angesprochenen Rechtsgebiete und die betroffenen Grundrechte differenziert werden. Eine Analyse der Ergebnisse liefert Aufschlüsse über das Funktionieren der Kontrolle und ermöglicht es, künftige Herausforderungen zu erkennen.

Schlagwörter: Kontrolle der Verfassungskonformität, konzentrierte Kontrolle, Verfassungsgericht.

ABSTRACT

This work analyzes the progress made in the concentrated control of constitutionality of legal provisions with the rank of law in Peru. After mapping all of the unconstitutionality actions over 22 years, the article compares the results by segmenting them by plenary session, by part and by resolution, in addition to taking account of the matters around which revolved the proceedings and fundamental rights involved. The analysis of the results sheds light on their operation, and enables us to detect some future challenges.

Key words: Unconstitutionality action, concentrated control, Constitutional Court.

1. Los modelos de control de constitucionalidad en el ámbito comparado

Los Estados democráticos contemporáneos han adoptado diferentes mecanismos para garantizar la supremacía normativa de sus constituciones frente a las demás normas del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la “existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializadas, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental”¹.

Simplificando la cuestión podría decirse que existen dos modelos puros de jurisdicción constitucional: el desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y el europeo continental que introduce tribunales o cortes constitucionales como organismos autónomos con facultades de control concentrado.

En el modelo norteamericano se asume que los jueces tienen la responsabilidad de garantizar que las normas que apliquen para la resolución de cada caso resulten conformes con la Constitución.

¹ Jorge Carpizo, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009, p. 17.

Como es conocido, el primer caso en el que la judicatura inaplicó una ley, con base en las exigencias derivadas del *common law*, es el del doctor Bonham, donde se afirmó que “aparece en nuestros libros que en muchos casos el *common law* sirve para contrastar las leyes del Parlamento, y a veces para declararlas nulas; porque cuando una Ley va contra el derecho y la razón comunes o repugna o es imposible de cumplir, el *common law* servirá para declararla inválida”.²

Esa comprensión de la función de los jueces, que en el sistema británico no conseguirá arraigo (mucho menos después de la Revolución Gloriosa de 1688), se desarrolla en las colonias norteamericanas, donde a nivel federal³ se plasma en la sentencia del Caso *Marbury v. Madison*.⁴

Se alude a un control de carácter “difuso” en el sentido de que no existe un órgano especializado que monopolice específicamente esta tarea y, por tanto, todos los jueces deben garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales y, en general, la supremacía normativa de la Constitución.

En el sistema norteamericano, los asuntos constitucionales son vistos en definitiva por la Corte Suprema de Estados Unidos, pero de manera incidental en el contexto de procesos ordinarios (numeral 2 de la Sección segunda correspondiente al artículo 3 de la Constitución).⁵

El sistema se ordena a partir del principio de *stare decisis*, que vincula a las cortes inferiores con la doctrina que se desprende de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema.

En el modelo europeo continental, por el contrario, se puede acceder al juicio de constitucionalidad en vía principal (directa o de acción), mediante una demanda de inconstitucionalidad, cuya pretensión consiste en que se lleve a cabo un control de tipo abstracto.

² El contenido de la decisión se encuentra desarrollado en Manuel González, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 34 y ss.

³ Previamente, en 1784, el Superior Tribunal de Nueva York, en *Rutgers v. Waddington*, resolvió que las leyes del Estado no podían ser aplicadas cuando se encontrasen en conflicto con la constitución local o los tratados. En 1786, la Corte Suprema de Rhode Island, en *Trevett v. Weeden*, dejó de aplicar una ley local que no preveía el juicio por jurados en los casos criminales, pues consideró que, por esa razón, resultaba contraria a la Constitución del Estado. En 1787, la Corte Suprema de Carolina del Norte, en *Bayard v. Singleton*, declaró inválida una ley que, contrariando lo dispuesto por la Constitución local de 1776, privaba a una persona de su propiedad sin previo juicio por jurados.

⁴ El texto completo de la sentencia se encuentra en Jorge Amaya, *Marbury v. Madison – Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 131 y ss.

⁵ Dicha disposición establece que “en todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. *En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso*”.

Francisco Fernández Segado ha sostenido que

... el problema [...] que se plantea Kelsen es el de concretar a qué órgano ha de corresponder la competencia para, en su caso, decidir la anulación del acto estimado como inconstitucional. Kelsen rechazará que esa facultad deba atribuirse al Parlamento, defendiendo, por el contrario, su atribución a una jurisdicción o tribunal constitucional.⁶

El origen de los tribunales o cortes constitucionales tiene relación con una concepción estricta respecto de la separación de poderes y, por tanto, se asume que los jueces no deben poder inaplicar las leyes. A lo sumo podrán instar el análisis de casos por parte del órgano de vértice.

Acorde con Marian Ahumada Ruiz parece que

... existe una tendencia natural a optar por esta fórmula en sistemas de derecho codificado, de raíz romanista, donde los jueces carecen de las amplias atribuciones de sus colegas de *common law*, donde no rige el sistema de *stare decisis* y, por tradición, la idea de seguridad jurídica, de certeza del derecho, se ha vinculado con la primacía de la ley y el absoluto predominio de las fuentes de derecho escrito.⁷

La Constitución Austriaca de 1920 incluyó en el artículo 140 una disposición que establece:

El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes del Land a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

Tras la primera posguerra, este modelo se extenderá rápidamente en Europa y penetrará la Constitución de la República Española aprobada en abril de 1931 (modelo que sería recogido en la Constitución vigente de 1978), la Constitución italiana de 1948 y la Ley Fundamental de la República Alemana de 1949.

⁶ Citado en Alberto Borea, *Manual de la Constitución - Para qué sirve y cómo defenderte*, Lima, El Búho, 2016, p. 1115.

⁷ Marian Ahumada, “¿Hay alternativas a la *Judicial Review*?” en Juan Vega y Édgar Corzo (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, p. 13.

2. El control de constitucionalidad en el Perú

Las constituciones del Perú han adherido, predominantemente, al modelo de control difuso. Sin embargo, en los inicios de la República, el constituyente peruano previó en las constituciones de 1828, 1834 y 1838 la figura del control político de la Constitución. Sería el artículo 10 de la Constitución de 1856 donde se incluiría el modelo difuso de control, aunque este no tuvo desarrollo legislativo y mereció escasa atención por parte de los jueces.⁸

El modelo de control judicial se desarrolla de modo explícito en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936,⁹ y se reproducirá en el artículo VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial del mismo año.

Como se aprecia, dichas disposiciones facultan al juez para ejercer el control difuso con características semejantes al modelo norteamericano. Sin embargo, a partir de la Constitución de 1979 se combinó con un órgano de control concentrado denominado Tribunal de Garantías Constitucionales.¹⁰

La Constitución peruana de 1979, en su artículo 236 establece que “en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”. Sin embargo, el artículo 296 de dicha Carta añadiría que “el Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución”.

Se compagina de este modo un modelo mixto de control constitucional que combina el control difuso con el control concentrado que se pone a cargo de un órgano de vértice del sistema al que se encomienda la decisión final.¹¹

De esta manera, se incorpora a nuestro sistema el modelo de control concentrado de origen europeo continental en virtud del cual se asigna la decisión sobre la constitucionalidad de las normas a un órgano especializado.

Entre las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales se incluyó la posibilidad de conocer sobre la constitucionalidad de las leyes. De hecho, entre 1982 y 1992 llegó a publicar 15 sentencias de inconstitucionalidad, una de las cuales declaró fundada la demanda y tres más resultaron fundadas en parte.

La Constitución de 1993, que con reformas se encuentra vigente hasta la fecha, mantuvo la esencia de su predecesora conservando el control difuso como atribución de los jueces “en todo tipo de procesos” (art. 138), y el control concentrado de

⁸ Omar Sar, “La jurisdicción constitucional en el Perú”, en Gerardo Eto (coord.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, t. II, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2014, p. 848.

⁹ Dicha disposición establecía que “cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

¹⁰ El constituyente peruano tomó como modelo la Constitución española de 1978, que, a su vez, estuvo influenciada por la Constitución republicana de 1931, como se señaló.

¹¹ *Idem*.

constitucionalidad de las normas con rango de ley en cabeza del Tribunal Constitucional (art. 202).

Corresponde señalar que la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 tiene algunas diferencias respecto de las atribuciones encomendadas por la Constitución de 1993 al Tribunal Constitucional.

Efectivamente, el ya citado artículo 296 de la Constitución de 1979, y el artículo 1 de la Ley 23385 (Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales), establecían que el órgano encargado del control de la Constitución era el Tribunal de Garantías Constitucionales; asimismo, con base en el artículo 298 del texto constitucional de la época, tenía competencia para conocer: (i) demandas de inconstitucionalidad frente a leyes, decretos legislativos, normas regionales y ordenanzas municipales, y (ii) vía casación, las resoluciones denegatorias de *habeas corpus* y amparo emitidas por la Corte Suprema.

En la actualidad, el órgano encargado de la tutela de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional es el Tribunal Constitucional; y según el artículo 202 de la Constitución Política del Perú de 1993, es competente para: (i) conocer en última instancia los procesos constitucionales de *habeas data*, *habeas corpus*, amparo y cumplimiento; (ii) tramitar en única y definitiva instancia los procesos de inconstitucionalidad y conflictos competenciales.

Esta diferente regulación constitucional tuvo su correlato en el ámbito de las normas procesales puesto que actualmente el artículo 18 del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) establece que el Tribunal Constitucional es competente para conocer, a través del recurso de agravio constitucional, las resoluciones denegatorias emitidas por las salas superiores del Poder Judicial, mientras que el artículo 42 de la Ley 23385 estipulaba que la revisión constitucional del Tribunal de Garantías Constitucionales se producía frente a resoluciones denegatorias de la Corte Suprema del Poder Judicial y con alcance casatorio.

Asimismo, respecto del proceso de inconstitucionalidad, se advierte que el artículo 27 de la Ley 23385 estipulaba que el Tribunal de Garantías Constitucionales no podía emitir sentencia de fondo cuando la norma impugnada había perdido vigencia, a diferencia de la situación actual, en la que el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha establecido supuestos en los que es competente para analizar la constitucionalidad de normas derogadas.¹²

2.1. El control concentrado de constitucionalidad en el Perú

El control concentrado de constitucionalidad en el Perú se realiza a través del proceso de inconstitucionalidad, el cual tiene carácter abstracto,¹³ toda vez que no se

¹² Al respecto puede verse lo resuelto en el fundamento 6 de la Sentencia 0003-2013-AI/TC.

¹³ El control judicial de matriz norteamericana puede ser calificado como difuso, concreto e incidental, mientras que el modelo europeo continental es concebido como de carácter concentrado, abstracto y principal o directo.

analizan las circunstancias de un caso concreto, sino, en general, la compatibilidad de la norma impugnada con la Constitución, la interpretación que el Tribunal Constitucional haya realizado sobre ella y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, los derechos reconocidos por la Carta se interpretan de conformidad con la Declaración Universal y los tratados de derechos humanos que el Estado peruano haya ratificado.

Por otra parte, el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución vigente establece que el objeto de control del proceso de inconstitucionalidad está constituido por las normas que tienen rango de ley. Ostentan dicha jerarquía las leyes, los decretos legislativos,¹⁴ los decretos de urgencia,¹⁵ los tratados (que no versen sobre derechos humanos), el reglamento del Congreso, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha extendido sus pronunciamientos a otras fuentes como los decretos leyes,¹⁶ las leyes de reforma constitucional e incluso la propia Constitución de 1993.¹⁷

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley la priva de efecto al expulsarla del ordenamiento jurídico desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, pero en los últimos 18 años el Tribunal Constitucional no ha operado como un mero legislador negativo.

Efectivamente, ha desarrollado en su jurisprudencia 18 sentencias interpretativas propiamente dichas, es decir, aquellas en las que se determina el alcance de las normas sometidas a control, e incluso emitió once sentencias manipulativas en las que se eliminan los fragmentos inconstitucionales de las disposiciones controladas o se añaden contenidos indispensables para conservar la disposición en el ordenamiento jurídico.

¹⁴ Los decretos legislativos son normas con rango de ley expedidas por el Poder Ejecutivo con base en las facultades que pueden ser delegadas por el Congreso, indicando la materia y el plazo en la ley autoritativa (CP, art. 104). No pueden delegarse materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, ley de presupuesto y ley de la cuenta general de la República.

¹⁵ Los decretos de urgencia son normas de carácter extraordinario que tienen rango de ley y son emitidas por el presidente de la República en atención al interés nacional. De acuerdo con el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución de 1993, solo pueden versar sobre materias económicas y financieras. El Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso sobre los decretos de urgencia emitidos, que puede modificarlos o derogarlos.

¹⁶ En el Perú, este tipo de normas es sinónimo de anomalía constitucional por cuanto son emitidas por el Poder Ejecutivo en ausencia del Congreso.

¹⁷ Corresponde advertir que, frente a esta pretensión, el Tribunal Constitucional peruano declaró improcedente la demanda, pero en la sentencia, es decir, luego de haber expedido el auto admisorio. Al respecto puede verse el Expediente 0014-2003-AI/TC.

Asimismo, ha incluido 46 exhortaciones¹⁸ en 37 sentencias de inconstitucionalidad, e incluso desarrolló dos precedentes, a pesar de que en este tipo de procesos no existe propiamente un caso a partir del cual derivar la regla (expedientes 0053-2004-AI/TC y 0030-2005-AI/TC).

Por último, también aprovechó el contexto de una sentencia de inconstitucionalidad sobre la creación de filiales universitarias para declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional¹⁹ respecto de la calidad de la educación superior (Expediente 0017-2008-PI/TC).

3. Cantidad total de casos

El Tribunal Constitucional, desde su instalación en junio de 1996, ha recibido un total de 536 demandas de inconstitucionalidad. Es decir, se han presentado algo más de 23 demandas en promedio por año.

Se debe advertir que entre mayo de 1997 y noviembre del año 2000 ingresaron apenas 25 demandas, a razón de algo más de 6 por año, pero ello obedeció a que el Congreso de la República inhabilitó a tres magistrados por una presunta infracción de la Constitución.

Si se toma en cuenta el promedio de los 18 años restantes, la cantidad de demandas ingresadas superan el promedio general, que alcanza casi 27 por año.

La mayor cantidad de demandas se registró en el año 2004 (54) y la menor cantidad (encontrándose el pleno con todos sus miembros) en el año 2016 (10).

4. Cantidad total de sentencias emitidas

De las 536 demandas ingresadas, 66 (12,31 %) todavía no han sido publicadas y, por tanto, constituyen casos que aún se encuentran pendientes de ser decididos por el Tribunal Constitucional.

¹⁸ El Tribunal Constitucional utiliza la exhortación para instar una acción del legislador u otro órgano de modo que se pueda asegurar la protección de los derechos fundamentales. Mediante la exhortación “se invoca o persuade la ejecución de una acción” (STC 0016-2005-AI/TC, fundamento 17).

¹⁹ El estado de cosas inconstitucionales es una figura desarrollada originalmente por la jurisprudencia colombiana a partir de la Sentencia T-025 de 2004. Con base en ella, dicho órgano estableció que ante ciertos supuestos donde se produzca una afectación de los derechos fundamentales será necesario extender los efectos de la sentencia en salvaguarda de ellos. En el Perú, el Tribunal Constitucional utilizó esta figura por primera vez en el Expediente 2579-2003-HD/TC; a través de ella estableció que: “se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas” (fundamento 19). Con posterioridad aplicó esta figura en 13 casos más.

Se han concluido los 470 casos restantes. De estos, 70 (13,05 %) se resolvieron mediante autos que declaran la improcedencia liminar de la demanda (la norma no tiene rango de ley debido a que el demandado no se encuentra legitimado o porque ha transcurrido el plazo de prescripción, entre otros supuestos).

Entre 1996 y 2007 se concluyeron 33 casos más (6,16 %) con autos en los que se declaró inadmisibile la demanda, lo que supone una forma de rechazo liminar.

Es decir, que un 19,40 % de los casos (104 expedientes en total) concluyó con autos y el 68,28 % restante (366 expedientes) por medio de sentencias.

5. Los magistrados designados por el Congreso de la República

De acuerdo con el artículo 201 de la Constitución, el Pleno del Tribunal Constitucional está integrado por siete magistrados que son elegidos por mayoría calificada por el Congreso de la República para cumplir un mandato de cinco años sin posibilidad de reelección inmediata.

Entre 1995 y 2018 el Congreso de la República había designado a 26 magistrados del Tribunal Constitucional.

Como el mandato de los magistrados coincide con el periodo parlamentario, todos los congresos tuvieron oportunidad de incidir en la composición del Tribunal Constitucional con excepción del controvertido y fugaz parlamento del año 2000.²⁰

Los parlamentos de 1995-2000 y 2001-2006 designaron siete magistrados cada uno, mientras que los de 2006-2011 y 2011-2016 designaron cinco y seis magistrados, respectivamente.

El último Congreso ejerció sus funciones solo por dos años, toda vez que el 30 de setiembre de 2019 el presidente de la República del Perú, Martín Vizcarra, disolvió el Congreso en virtud del artículo 134 de la Constitución peruana. Durante ese periodo se designó un magistrado en 2017.

Si bien, como ya se apuntó, el mandato de los magistrados es de cinco años, todos aquellos que completaron su periodo han ejercido el cargo por un lapso adicional al previsto en la Constitución.²¹ Esto se debe a que el Congreso ha tenido dificultades para reunir la mayoría de dos tercios exigida y renovar oportunamente la composición del Tribunal Constitucional.²²

²⁰ En esta etapa, como se verá más adelante, el Pleno del Tribunal Constitucional estaba conformado por solo cuatro miembros por cuanto el Congreso de la República inhabilitó a los tres restantes por infracción de la Constitución.

²¹ Naturalmente, esta afirmación no incluye a los magistrados con mandato vigente ni a aquellos que no llegaron a completarlo por fallecimiento.

²² Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece: "Antes de los seis meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el presidente del Tribunal se dirige al presidente del Congreso para solicitarle el inicio del procedimiento de elección de nuevos magistrados".

Efectivamente, el 23,08 % de los magistrados excedieron su mandato por un periodo que media entre 15 días y seis meses, 15,38 % entre seis meses y un año, el 19,23 % de uno a tres años, y un magistrado permaneció en el cargo por más de cuatro años y tres meses, luego de que expiró su mandato.²³

Por último, anotaremos que solo el 7,69 % de los magistrados designados por el Congreso han sido mujeres. Este porcentaje se encuentra por debajo del de la Corte Suprema, donde 22 % son mujeres y, en general, el de los organismos autónomos (16 %). Incluso, se encuentra por debajo de las mujeres que ocupan cargos que dependen de la elección o ratificación por el Congreso de la República (15 %).²⁴

6. Conformación del Pleno del Tribunal Constitucional, sentido de las sentencias y demora en el trámite

Si bien el Tribunal Constitucional fue incorporado como órgano constitucional autónomo durante la vigencia de la Constitución de 1993, el Congreso de la República no designó a sus magistrados, sino hasta el mes de junio de 1996, a través de la Resolución Legislativa 001-1996-CR.

La primera conformación del Pleno del Tribunal Constitucional estuvo integrada por Ricardo Nugent López Chávez, quien sería el primer presidente de la institución; Guillermo Rey Terry, Delia Revoredo Marsano, José García Marcelo, Luis Díaz Valverde, Manuel Aguirre Roca y Francisco Acosta Sánchez.

Este colegiado emitió un total de 23 sentencias en los 11 meses que estuvo en funcionamiento, y dictó sentencia estimatoria en un 43,47 % de los casos.

Corresponde resaltar que durante esta etapa la demora promedio para expedir la sentencia en los procesos de inconstitucionalidad fue de 228 días, que lo constituye en uno de los plenos más expeditos.

Entre mayo de 1997 y noviembre de 2000, el Pleno del Tribunal Constitucional estuvo conformado por cuatro magistrados, pues como se indicó, el Congreso de la República inhabilitó a los tres restantes (Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano).²⁵

Tabla 1. Pleno 1

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	4
Fundada en parte	10
Infundada	5
Sustracción / Inadmisibile	4

²³ Estos números cobran mayor trascendencia si se toma en cuenta que dos magistrados que tenían su mandato vencido renunciaron al cargo y otros dos fallecieron antes de completar su periodo de cinco años.

²⁴ Las estadísticas fueron publicadas por el diario *El Comercio* en su edición del 10 de febrero de 2019, p. 8.

²⁵ Mediante las resoluciones legislativas 002-97-CR, 003-07-CR y 004-97-CR se les impuso la sanción de inhabilitación por infracción de la Constitución por cuanto presuntamente se habían arrogado competencias que correspondían al Pleno de la institución al emitir una

A pesar de que con mayoría simple pudieron haberse votado aquellas causas en las que la sentencia fuera desestimatoria, esta composición del pleno no publicó ninguna resolución en procesos de inconstitucionalidad a lo largo del periodo que media entre junio de 1997 y diciembre del año 2000.

El 17 de noviembre de 2000, el Congreso de la República, mediante la Resolución Legislativa 007-2000-CR, restituyó sus derechos a los magistrados inhabilitados, los restableció en el cargo, y declaró nulas y sin efecto las resoluciones legislativas precedentes.²⁶

Por tanto, la tercera conformación del Pleno del Tribunal Constitucional estuvo integrada por los mismos siete magistrados que fueron originalmente designados.

Durante esta segunda etapa del pleno original se publicaron 15 sentencias entre noviembre de 2000 y junio de 2001. Un 33,33 % de las mismas fueron estimatorias, un 10 % menos que en la primera etapa. Cabe advertir que, en este periodo, cuatro demandas se declararon inadmisibles, en otros tantos casos se resolvió declarando la sustracción de la materia, y en dos se declaró la improcedencia, pero en ninguno de los casos se declaró infundada la demanda.

Este Pleno es el que presenta la mayor demora promedio con 965,20 días por caso. Dicho fenómeno se explica en parte debido a que las demandas se fueron acumulando en el periodo 1997-2000 y recién comenzaron a publicarse a partir del año 2001.²⁷

Tabla 2. Pleno 3

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	2
Fundada en todo o parte	5
Sustracción / Inadmisible	8

Tabla 3. Pleno 4

Sentido de la sentencia	Cantidad
Fundada en todo o parte	9
Infundada	6
Sustracción / Inadmisible	6

aclaración en el caso de la Ley de interpretación auténtica que autorizaba la posibilidad de que el expresidente Fujimori postulara a una segunda reelección.

²⁶ Esta decisión se encuentra relacionada con la denuncia presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte, que había sido admitida con fecha 24 de septiembre de 1999 y que sería resuelta mediante la sentencia de fecha 31 de enero de 2001, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que el Estado peruano había vulnerado los derechos de dichos magistrados.

²⁷ El 23 de agosto de 1996, el Congreso de la República promulgó la Ley 26557, mediante la cual realizó una interpretación del artículo 112 de la Constitución en la que admitía la posibilidad de que el presidente de la época, Alberto Fujimori, pudiera volver a postular al cargo a pesar de la prohibición vigente. Posteriormente, el Tribunal Constitucional, a través del Expediente 0002-1996-AI/TC (diario oficial *El Peruano*, Sentencia sobre la Ley de Interpretación Auténtica, 18 de enero de 1997, pp. 146091-146094), inaplicó la ley impugnada. En ese contexto, el 28 de mayo de 1997, los magistrados Rey Terry, Revoredo Marsano y Aguirre Roca fueron destituidos de su cargo como consecuencia de su oposición al fallo emitido. Sobre el contexto de este momento puede verse César Landa, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 2ª. ed., Lima, Palestra Editores, 2003, pp. 242-246.

La siguiente conformación del Pleno estaría integrada por seis magistrados, ya que el 7 de setiembre de 2001 José García Marcelo concluyó su mandato por haber renunciado al cargo. Este Pleno emitió un total de 21 sentencias de inconstitucionalidad, con un 42,85 % de decisiones fundadas.

La demora promedio de esta conformación del Pleno es casi tres veces mayor que la de la primera, alcanzó los 662,41 días. Esta mayor demora podría ser atribuida, en parte, a que ninguna de las demandas fue rechazada de plano con auto de improcedencia.

El día 10 de junio de 2002 concluyó el mandato de los magistrados Ricardo Nugent López Chávez, Francisco Acosta Sánchez y Luis Díaz Valverde; así, mediante la Resolución Legislativa 017-2002-CR se recompuso el Pleno del Tribunal Constitucional, que designó a los magistrados Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma, Juan Bardelli Lartirigoyen y Javier Alva Orlandini.

La quinta conformación del Pleno del Tribunal Constitucional, constituido por siete miembros, estuvo integrada entonces por Guillermo Rey Terry, Delia Revoredo Marsano, Manuel Aguirre Roca, Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma, Juan Bardelli Lartirigoyen y Javier Alva Orlandini.

Esta composición emitió un total de 31 sentencias, y declaró la inconstitucionalidad de las normas sometidas a control en el 38,7 % de los casos.

Desde la perspectiva de la demora en la resolución de los casos, este Pleno la redujo a casi la mitad respecto a su antecesor, con 350,07 días. Su desempeño fue, sin duda, más eficiente, ya que las improcedencias fueron solo dos.

El 2 de mayo de 2004 falleció el magistrado Guillermo Rey Terry y, en consecuencia, el Pleno del Tribunal Constitucional pasó a estar conformado por solo seis integrantes.

Con esta conformación se emitió un total de 14 sentencias, pero el porcentaje de estimatorias se redujo a menos de la mitad y alcanzó el 14,29 % (2 sentencias fundadas total o parcialmente).

Esta composición del Pleno es la que registra la menor demora en expedir sentencias, toda vez que su promedio alcanza los 146,50 días. Al respecto, se debe tener en cuenta que este Pleno expidió una cantidad relativamente baja de sentencias y que la mitad de los casos se resolvieron con autos de inadmisibilidad, lo que supone un nivel de complejidad mucho menor y un trámite procesal mucho más breve.

Tabla 4. Pleno 5

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	2
Fundada en todo o parte	12
Infundada en todo o en parte	10
Sustracción / Inadmisibile	7

Tabla 5. Pleno 6

Sentido de la sentencia	Cantidad
Fundada en todo o parte	2
Infundada	5
Inadmisibile	7

Tabla 6. Pleno 7

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	9
Fundada en todo o parte	10
Infundada	10
Sustracción / Inadmisibile	4

Pocos meses después, el 20 de junio del mismo año, fallece el magistrado Manuel Aguirre Roca y, por consiguiente, el Pleno del Tribunal Constitucional pasa a estar integrado por solo cinco miembros.

Con esta composición, el Pleno del Tribunal expidió un total de 33 sentencias, 10 de las cuales fueron estimatorias. A pesar de que la cantidad se encuentra en el promedio de sus antecesores, en este caso debe tomarse en cuenta que la estimatoria requería que todos los magistrados participaran en la deliberación y que la decisión se adoptara por unanimidad.

Este Pleno que, como se señaló, contaba con solo cinco magistrados, tuvo una demora promedio de 244,30 días para concluir los procesos de inconstitucionalidad sobre los que conoció.

Se advierte que contar con un número menor de magistrados dificulta la posibilidad de adoptar decisiones que requieren mayoría calificada, pero, por otra parte, disminuye la demora por cuanto se requieren menos revisiones y firmas.

El Pleno del Tribunal Constitucional volvería a estar integrado por siete miembros, cuando el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa 018-2004-CR, de fecha 15 de diciembre de 2004, designó como magistrados del Tribunal Constitucional a Juan Vergara Gotelli y César Landa Arroyo. Por tanto, la octava conformación del Pleno del Tribunal Constitucional estará integrada por Delia Revoredo Marsano, Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma, Juan Bardelli Lartirigoyen, Javier Alva Orlandini, Juan Vergara Gotelli y César Landa Arroyo.

Sin embargo, debe advertirse que esta composición del Pleno, a pesar de encontrarse completa y deliberar sin interrupciones entre diciembre de 2004 y junio de 2005, no publicó sentencias de inconstitucionalidad.

El 17 de junio de 2005, el Pleno del Tribunal Constitucional aceptó la renuncia de la magistrada Delia Revoredo Marsano²⁸ y, en consecuencia, pasó a estar conformado por seis integrantes.

Esta composición del Pleno dictó sentencia en 64 casos declarando fundada la demanda en un 35,93 % de ellos.

Debe señalarse que el número de casos resuelto por este Pleno resultó mucho mayor que el de todos sus antecesores. De hecho, resolvió casi tres veces más causas que el primero y casi el doble que su antecesor.

Con una producción mucho mayor, la demora promedio no resultó especialmente elevada pues se mantuvo en 298,89 días.

Tabla 7. Pleno 9

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	8
Fundada en todo o parte	23
Infundada	25
Inadmisibilidad	8

²⁸ Corresponde destacar que la renuncia de la magistrada Delia Revoredo obedeció a que ya habían transcurrido más de seis meses desde que había vencido su mandato sin que el Congreso de la República designara a su remplazo.

El Pleno del Tribunal Constitucional volverá a tener siete miembros cuando el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa 024-2005-CR, de fecha 13 de julio de 2006, designó al magistrado Carlos Mesía Ramírez.

Por consiguiente, la décima conformación del Pleno del Tribunal Constitucional estuvo integrada por los siguientes magistrados: Magdiel Gonzales Ojeda, Víctor García Toma, Juan Bardelli Lartirigoyen, Javier Alva Orlandini, Juan Vergara Gotelli, César Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez.

Con estos integrantes, se publicaron 35 sentencias de inconstitucionalidad, habiéndose declarado fundada la demanda en 10 casos, un 28,57 % del total. La demora promedio para resolver dichos casos fue de 216,77 días.

En el año 2007 culminó el mandato de los magistrados Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda, Juan Bardelli Lartirigoyen y Javier Alva Orlandini, quienes serían reemplazados por Ricardo Beaumont Callirgos, Ernesto Álvarez Miranda, Gerardo Eto Cruz y Fernando Calle Hayen.

En virtud de ello, la decimoprimer conformación del Pleno del Tribunal Constitucional, constituida por siete miembros, pasa a estar integrada por Juan Vergara Gotelli, César Landa Arroyo, Carlos Mesía Ramírez, Ricardo Beaumont Callirgos, Ernesto Álvarez Miranda, Gerardo Eto Cruz y Fernando Calle Hayen.

Con estos integrantes el Tribunal Constitucional publicó 69 sentencias de inconstitucionalidad, casi el doble que la composición anterior. Sin embargo, las estimatorias solo fueron 15, por lo que representaron un 21,74 % del total.

Si bien la producción mejoró, también se duplicó la demora por cuanto el promedio en publicar la sentencia pasó a ser de 420,77 días.

Hacia junio de 2010, el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa 007-2009-CR, designó como magistrado del Tribunal Constitucional a Óscar Urviola Hani en reemplazo de César Landa.

Con esta conformación se publicaron la mayor cantidad de sentencias de inconstitucionalidad, que alcanzó un total de 88 expedientes. El porcentaje de sentencias estimatorias de este Pleno alcanzó el 35,22 % de los casos.

La demora promedio de las sentencias de inconstitucionalidad se ubicó en 374,73 días, cerca de un 10 % más rápido que el Pleno que le antecedió.

Tabla 8. Pleno 10

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	14
Fundada en todo o parte	10
Infundada	6
Inadmisibilidad	5

Tabla 9. Pleno 11

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	23
Fundada en todo o parte	15
Infundada	29
Inadmisibilidad	2

Tabla 10. Pleno 12

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	21
Fundada en todo o parte	31
Infundada	36

Tres años después, el 23 de abril de 2013, el magistrado Ricardo Beaumont Callirgos renunció al ejercicio del cargo y, por consiguiente, la decimotercera conformación del Pleno del Tribunal Constitucional estaría integrada por seis magistrados: Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez, Ernesto Álvarez Miranda, Gerardo Eto Cruz, Fernando Calle Hayen y Óscar Urviola Hani.

Esta composición del Pleno publicó en total 18 sentencias de inconstitucionalidad. El 28 % de estas fueron estimatorias y la demora promedio entre la presentación de la demanda y la publicación de la sentencia en cada caso fue de 333,9 días.

Al término del mandato de los magistrados Ernesto Álvarez Miranda, Gerardo Eto Cruz, Fernando Calle Hayen, Carlos Mesía Ramírez y Juan Vergara Gotelli, el Congreso de la República completó el Pleno designando a Manuel Miranda Canales, Ernesto Blume Fortini, Carlos Ramos Núñez, José Luis Sardón de Taboada, Marianella Ledesma Narváez y Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Por tanto, la decimocuarta conformación del Pleno del Tribunal Constitucional estaría integrada por los seis magistrados designados y el magistrado Óscar Urviola Hani.

La nueva composición del Pleno publicó 43 sentencias de inconstitucionalidad y tuvo uno de los porcentajes más altos de sentencias estimatorias, con 58,14 %.

Como contrapartida de lo anterior, la demora promedio observada entre la presentación de la demanda y la publicación de la sentencia también fue de las más altas con 748,14 días.

Por último, tras el vencimiento del mandato del magistrado Óscar Urviola Hani, el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa del Congreso 002-2017-2018-CR, de fecha 25 de agosto de 2017, designó a Augusto Ferrero Costa en su reemplazo.

Con esta decimoquinta y última conformación, el Tribunal Constitucional ha expedido 16 sentencias de inconstitucionalidad con un récord de sentencias estimatorias de 56 %, pero también con la más alta demora, 879,27 días en promedio.

Si se toma en cuenta la fragmentación de cada Pleno, expresada en la cantidad de votos que tienen las sentencias emitidas, se observa que cuanto mayor sea el porcentaje de unanimidad tiende a disminuir la demora promedio.

Tabla 11. Pleno 13

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	8
Fundada en todo o parte	5
Infundada	5

Tabla 12. Pleno 14

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	10
Fundada en todo o parte	25
Infundada	8

Tabla 13. Pleno 15

Sentido de la sentencia	Cantidad
Improcedente	2
Fundada en todo o parte	9
Infundada	5

Tabla 14. Sentencias adoptadas por unanimidad

	Pleno 1	Pleno 2	Pleno 3	Pleno 4	Pleno 5	Pleno 6	Pleno 7	Pleno 8	Pleno 9	Pleno 10	Pleno 11	Pleno 12	Pleno 13	Pleno 14	Pleno 15
Unanimidad	60,87	0	93,33	80,95	74,19	85,71	93,94	0	84,38	51,43	72,46	46,59	72,22	39,53	37,50

Un factor relevante es el nivel de consenso que alcanzaron los magistrados a la hora de emitir sentencia en los procesos de inconstitucionalidad. Recuérdese que, de acuerdo con el mandato de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,²⁹ la sentencia que declare fundada la demanda requiere al menos cinco de los siete votos.

Los últimos dos plenos tienen la tasa más alta de fragmentación en el sentido de los votos de los magistrados, por cuanto solo 39,53 y 37,50 % de las sentencias se adoptaron por unanimidad.

Como corolario, se ha advertido que dichas composiciones del Pleno tienen la demora promedio más elevada.

No puede dejar de llamar la atención que la tercera composición del Pleno, aquella en la que se reincorporó a los magistrados que habían sido inhabilitados por el Congreso, superó el 90 % de decisiones unánimes, y lo mismo sucedería con la composición número siete del Pleno, integrado por solo cinco miembros.

La sexta composición del Pleno que expidió las sentencias con menor demora promedio, en cambio, tuvo un nivel de causas resueltas por unanimidad equivalente al 85,71 %. En comparación, la undécima composición del Pleno tuvo una demora promedio de 420,77 días y un 72,46 % de sentencias y autos emitidos por unanimidad.

El promedio de decisiones adoptadas por unanimidad a lo largo de la historia del Tribunal Constitucional ha sido de 68,70 %. Los plenos con menor cantidad de integrantes han exigido importantes niveles de consenso para poder adoptar las decisiones, como sucedió con el Pleno 5, que tuvo solo cinco magistrados y funcionó por casi dos años.

7. Los legitimados activos en el proceso de inconstitucionalidad

La Constitución de 1993, en el artículo 203, introdujo un listado cerrado de sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad, que incluye al presidente de la República, al fiscal de la Nación, al presidente del Poder Judicial, al defensor

²⁹ Las leyes orgánicas son normas con rango de ley, expedidas por el Poder Legislativo, a través de las cuales se regula la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también otras materias cuya regulación deba realizarse mediante estas (CP, art. 106). Dado que el Tribunal Constitucional es un órgano creado por la Constitución, su estructura y funcionamiento deben regularse mediante ley orgánica.

del pueblo, al 25 % del número legal de congresistas, a cinco mil ciudadanos o al 1 % de los ciudadanos del padrón local, a los gobernadores regionales, a los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo (en las materias de su competencia) y a los colegios profesionales (en las materias de su especialidad).

Corresponde advertir que el Poder Judicial recién fue incorporado a partir de la aprobación de la Ley 30651 que modificó el artículo 203 de la Constitución. Antes de ello, cuando el Poder Judicial requirió plantear una demanda de inconstitucionalidad debió recurrir a la legitimación activa del Ministerio Público, que indicó que actuaba “atendiendo a una recomendación de la Corte Suprema” (Expediente 0006-2009-PI/TC).

Se observa que en dicha lista se brinda legitimación activa a los poderes del Estado, pero también a las minorías parlamentarias, los gobiernos subnacionales, la Defensoría del Pueblo y la sociedad civil expresada en los colegios profesionales o en grupos de ciudadanos.

7.1. Cantidad de demandas presentadas por cada legitimado activo

Si se analizan las demandas presentadas se advierte que los ciudadanos han tenido un rol protagónico en el control de validez de las normas, por cuanto han entablado 154 demandas de inconstitucionalidad que representan el 28,7 % del total.

A este dato habría que añadir que los colegios profesionales han presentado 130 demandas que representan el 24,3 %. Es decir que la sociedad civil, actuando organizada por medio de colectivos o a través de los colegios profesionales (usualmente de abogados, pero también de notarios, ingenieros, médicos, periodistas o profesores, entre otros), ha planteado más de la mitad de las demandas de inconstitucionalidad.

En un segundo nivel se encuentran los gobiernos subnacionales, con 76 demandas que representan un 14,2 % del total (18 presentadas por los gobiernos regionales y 58 por las municipalidades) y la Defensoría del Pueblo con 27 demandas (5 %).

Entre quienes menos procesos de inconstitucionalidad han iniciado se encuentran la Fiscalía de la Nación con solo cinco demandas, que representan el 0,9 % del total, y el Poder Judicial, que desde que se incorporó como legitimado en agosto de 2017 no ha presentado ninguna demanda.

En resumen, el debate sobre el control de constitucionalidad

Tabla 15. Cantidad de demandas por legitimado

Poder Ejecutivo	47	8,8%
Fiscal de la nación	5	0,9%
Poder Judicial	0	0,0%
Defensoría del Pueblo	27	5,0%
Congresistas (%)	52	9,7%
Ciudadanos (%)	154	28,7%
Gobernadores regionales	18	3,4%
Alcaldes provinciales	58	10,8%
Colegios profesionales	130	24,3%

Nota: en la tabla no se consideró a los 45 sujetos no legitimados que plantearon demanda.

de las normas ha sido activado por la sociedad civil, los órganos políticos (nacionales o locales) y, en menor medida, por aquellos que se desenvuelven en el ámbito jurisdiccional.

Los poderes del Estado han planteado casi el 20 % de las demandas de inconstitucionalidad: 8,8 % el Poder Ejecutivo con 47 demandas y 9,7 % los congresistas con 52 demandas.

Cabe resaltar que 45 del total de demandas (8,4 % del total) fueron planteadas por sujetos que no se encuentran legitimados (ciudadanos a título individual, alcaldes distritales y de centros poblados, entre otros). Es un número considerable que, de hecho, supera la cantidad de demandas planteadas por el Ministerio Público o los gobiernos regionales, y evidencia que falta información constitucional en importantes sectores de la población.

7.2. Sentido de la sentencia y demora por cada sujeto legitimado

Como se advirtiera en el punto anterior, los ciudadanos fueron el sujeto legitimado que más demandas planteó (154 en total). De estas, 53 fueron estimatorias (39,55 %), 58 desestimatorias (37,66 %), 25 improcedentes (16,23 %) y 18 sentencias aún no se han publicado (11,68 %).

Su participación en el proceso ha sido evidentemente buena por cuanto el nivel de resoluciones estimatorias se encuentra muy por encima del obtenido por los colegios profesionales e incluso un poco por encima del porcentaje alcanzado por los congresistas.

La resolución de las demandas planteadas por los ciudadanos se publicó en un promedio de 484,38 días. Las normas impugnadas fueron: 76 leyes, 24 decretos legislativos, 3 decretos leyes, 8 decretos de urgencia, 1 tratado, 2 normas regionales,

Tabla 16. Sentido y demora de la sentencia

Legitimado	Improcedente		Fundada		Infundada		Inadm. / Sustrac.		Demora Días	Total publicadas No.
	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%		
Poder Ejecutivo	1	3,57	22	78,57	5	17,86	0	0	507,96	28
Ministerio Público	0	0	4	80,00	1	20,00	0	0	224,80	5
Defensoría	6	23,08	13	50,00	2	7,69	5	19,23	464,31	26
Congresistas	10	19,23	20	38,46	17	32,69	5	9,62	332,19	52
Ciudadanos	21	15,44	53	38,97	58	42,65	4	2,94	484,38	136
Gobernadores	2	14,29	3	21,43	8	57,14	1	7,14	316,57	14
Alcaldes	9	17,31	16	30,77	20	38,46	7	13,46	431,15	52
Colegios profesionales	25	22,32	35	31,25	39	34,82	13	11,61	459,28	112

39 ordenanzas municipales y 3 decretos supremos. Por último, se debe señalar que se presentó una demanda contra la propia Constitución de 1993.

Por su parte, los colegios profesionales plantearon 130 demandas, de las cuales 35 obtuvieron sentencia estimatoria, 39 desestimatoria y 38 fueron declaradas improcedentes. A la fecha quedan 18 causas pendientes de resolver.

El Tribunal demoró un promedio de 459 días en resolver las controversias planteadas por los colegios profesionales. En cuanto a las normas impugnadas cabe señalar que estas entidades promovieron el control de 73 leyes, 28 decretos legislativos, 5 decretos de urgencia, 8 ordenanzas municipales, 1 resolución legislativa y 1 proyecto de ley.

Como puede advertirse, la sociedad civil impugnó fundamentalmente leyes y ordenanzas municipales y, en menor medida, otras fuentes del derecho.

El Poder Ejecutivo ha planteado 47 demandas de inconstitucionalidad, de las cuales solo 28 se encuentran publicadas y 19 se mantienen en trámite. El Tribunal declaró inconstitucional las normas controladas en 22 casos, en 5 desestimó la demanda y el restante caso fue declarado improcedente.

Se debe resaltar que el Poder Ejecutivo ha tenido una tasa de éxito muy importante, ya que sus demandas se estimaron en el 78,57 % de los casos. Solo fue superado, y apenas, por el Ministerio Público que instó tan solo cinco causas.

El promedio de demora de las demandas planteadas por el Ejecutivo fue de 507,96 días. Las normas impugnadas fueron: 5 leyes, 26 normas regionales, 15 ordenanzas municipales y una norma regional, conjuntamente con una ordenanza municipal.

Entendemos que su tasa de éxito obedece a que buena parte de sus argumentos se orientaron a cuestionar con fundamento las competencias de los gobiernos subnacionales (en materia de minería, petróleo, pesca y transporte, entre otras) y a que ha mantenido un equipo estable en su procuraduría constitucional.

El fiscal de la nación, por su parte, tuvo la más elevada tasa de éxito, pero como ya se advirtiera planteó solo cinco demandas (4 contra leyes y 1 contra ordenanza regional). El promedio de demora en estos casos fue de 224,80 días.

En relación con las demandas planteadas por el defensor del pueblo cabe advertir que el Tribunal emitió 13 sentencias estimatorias, 2 desestimatorias y 11 improcedentes; por otro lado, solo una demanda está pendiente de sentencia.

El Tribunal Constitucional resolvió las demandas planteadas por el defensor del pueblo en un promedio de 464 días. En este caso, las normas impugnadas fueron: 8 leyes, 7 decretos legislativos, 3 decretos leyes, 5 decretos de urgencia y 5 ordenanzas municipales.

En relación con las 52 demandas de inconstitucionalidad planteadas por minorías parlamentarias se observa que 20 fueron estimatorias, 15 fueron declaradas improcedentes y 17 desestimadas por el fondo.

El promedio de la demora en las demandas planteadas por el 25 % del número legal de congresistas fue de 332 días. Las normas impugnadas en dichas demandas fueron: 29 leyes, 8 decretos legislativos, 5 decretos de urgencia, un tratado, 6

resoluciones legislativas, 3 resoluciones legislativas que modifican el reglamento del Congreso, una ordenanza municipal y un decreto supremo.

Cabe destacar que en 1996 la minoría parlamentaria planteó una demanda de inconstitucionalidad contra las leyes de amnistía 26479 y 26492 que sería declarada improcedente por el Tribunal Constitucional (con el voto singular del magistrado Aguirre Roca). En dicho caso se sostuvo que se habría producido la sustracción de la materia (Expediente 0013-1996-AI). Más tarde, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) declaró que dichas normas resultaban contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, por tanto, “carecen de efectos jurídicos”.³⁰

Por su parte, los gobernadores regionales plantearon 18 demandas de inconstitucionalidad, en las que obtuvieron 3 sentencias estimatorias, 8 desestimatorias y 3 de improcedencia, con 4 casos pendientes.

El Tribunal Constitucional resolvió las controversias en un promedio de 317 días, se impugnaron: 10 leyes, un decreto legislativo, un decreto de urgencia, 4 normas regionales y 2 ordenanzas municipales.

En el caso de los alcaldes, de las 58 demandas interpuestas, 16 culminaron con sentencias estimatorias, 20 desestimatorias y 16 improcedentes. Por otra parte, 6 demandas aún no tienen sentencia publicada.

El promedio de demora en las demandas planteadas por los alcaldes fue de 431 días. Las normas impugnadas fueron: 22 leyes, 5 decretos legislativos, un decreto de urgencia, una norma regional, 27 ordenanzas municipales y 4 decretos supremos.

8. El legitimado pasivo en el proceso de inconstitucionalidad

La demanda en los procesos de control normativo se dirige, naturalmente, contra el órgano emisor de la disposición con rango de ley que puede ser el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales o las municipalidades.

Efectivamente, si se trata de leyes, resoluciones legislativas o de las modificatorias al Reglamento, el legitimado pasivo será el Congreso. En el caso de los decretos legislativos, decretos leyes, decretos de urgencia o tratados, la legitimación pasiva corresponde al Poder Ejecutivo. Por último, cuando se trata de normas regionales de carácter general u ordenanzas municipales será parte demandada la institución que la expidió.

Asimismo, el último párrafo del artículo 99 del Código Procesal Constitucional establece que el órgano demandado se apersonará del proceso y formulará su alegato en defensa de la norma impugnada por medio de apoderado nombrado

³⁰ Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Punto Resolutivo 4.

especialmente para tal efecto. Cabe destacar que la demanda se dirige contra el órgano como tal y no contra las personas físicas que lo integren en un momento determinado.

8.1. Cantidad de demandas por nivel de gobierno

Si clasificamos las demandas por nivel de Gobierno demandado tendremos que el 69,43 % de las mismas (368 casos) se dirigen contra entidades de ámbito nacional (Congreso y Poder Ejecutivo), 23,78 % contra municipalidades (126 casos) y 6,79 % contra normas regionales de alcance general (36 casos).

Como podrá apreciarse, el alcance nacional de las leyes, los decretos legislativos o los decretos de urgencia, entre otros, amplifica la cantidad de sujetos potencialmente interesados en someterlas a control y, como consecuencia, la cantidad de demandas es tres veces mayor que las planteadas contra normas aprobadas por órganos subnacionales.

Asimismo, se identificaron seis demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra sujetos no productores de normas con rango legal. Por tanto, para efectos del presente trabajo no serán contabilizadas, realizándose los análisis siguientes sobre la base de 530 demandas.

Entre los sujetos no productores de normas que fueron demandados se encuentran el presidente del Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina de Normalización Previsional y el Poder Judicial, entre otros.

Si se compara la proporción de sentencias estimatorias se obtendrá que las normas emitidas por los órganos nacionales fueron declaradas inconstitucionales en el 27,72 % de los casos, las expedidas por los gobiernos regionales en el 50 % de los casos y las ordenanzas municipales en el 36,51 % de los casos.

8.2. Sentido de la sentencia y demora por entidad demandada

La mayor cantidad de demandas se han planteado contra el Congreso de la República (246) y representan el 45,89 % de los casos. El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las leyes en 67 oportunidades, que representan el 27,24 % de los casos.

Tabla 17. Sentido de las sentencias por nivel de Gobierno

Nacional: 368 demandas	
No publicada	34
Improcedente	70
Fundada	102
Infundada	130
Sustracción / Inadmisible	32
Regional: 36 demandas	
No publicada	11
Improcedente	4
Fundada	18
Infundada	3
Sustracción / Inadmisible	0
Municipal: 126 demandas	
No publicada	21
Improcedente	24
Fundada	46
Infundada	17
Sustracción / Inadmisible	18

Tabla 18. Sentido de las sentencias por cada demandado

Congreso: 246 demandas		Poder Ejecutivo: 102 demandas	
No publicada	21	No publicada	10
Improcedente	39	Improcedente	30
Fundada	67	Fundada	26
Infundada	105	Infundada	20
Sustracción / Inadmisible	14	Sustracción / Inadmisible	16
Gobierno regional: 36 demandas		Municipalidad: 126 demandas	
No publicada	11	No publicada	21
Improcedente	4	Improcedente	24
Fundada	18	Fundada	46
Infundada	3	Infundada	17
Sustracción / Inadmisible	0	Sustracción / Inadmisible	18
Congreso y Poder Ejecutivo: 20 demandas		Sujetos no productores de norma: 6 demandas	
No publicada	3	No publicada	0
Improcedente	1	Improcedente	5
Fundada	9	Fundada	0
Infundada	5	Infundada	0
Sustracción / Inadmisible	2	Sustracción / Inadmisible	1

La demora promedio entre la presentación de la demanda contra el Congreso y la publicación de la sentencia estimatoria ha sido de 439,19 días.

El Poder Ejecutivo fue demandado en 102 casos que representan el 19,03 % del total. Las sentencias estimatorias en este ámbito representaron el 25,49 % de los casos y la publicación de la sentencia demoró, en promedio, 549,96 días.

No existe una diferencia marcada entre la cantidad de sentencias estimatorias respecto de las leyes en relación con aquellas que se emitieron en conexión con los decretos legislativos o de urgencia. En todo caso, la demora promedio en publicar la sentencia contra el Ejecutivo ha sido un 20 % más que la que se verificó en los casos donde se estimó una demanda contra el Congreso de la República.

Los gobiernos regionales fueron demandados en 36 ocasiones y la mitad de las demandas (con frecuencia planteadas por el Poder Ejecutivo respecto de competencias como se puso de relieve más arriba) fueron declaradas fundadas. La sentencia contra normas regionales de alcance general demoró un promedio de 508,61 días.

Por último, anotaremos que las municipalidades fueron demandadas en 126 ocasiones que representan el 23,51 % del total de casos. El porcentaje de estimatorias en

el caso de las ordenanzas, sin alcanzar el nivel de las normas regionales, es sensiblemente mayor que el de las leyes, los decretos legislativos o los decretos de urgencia por cuanto se sitúa en el 36,51 %.

El plazo promedio transcurrido entre la presentación de la demanda contra la ordenanza y la publicación de la sentencia ha sido de 541,85 días.

Llama la atención que cuando la demanda de inconstitucionalidad se dirigió conjuntamente contra leyes y decretos legislativos, el nivel de las sentencias estimatorias alcanzó el 45 %, aunque en el contexto de solo 20 casos.

Naturalmente que todas las demandas dirigidas contra sujetos no productores de normas fueron desestimadas sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto y, por supuesto, concluyeron en un plazo sensiblemente menor a la media.

9. Derechos fundamentales invocados en las demandas y sentido de las sentencias del Tribunal Constitucional

La demanda de inconstitucionalidad puede girar en torno al alegato de que la norma sometida a control vulnera o restringe desproporcionadamente un derecho fundamental, pero también puede referirse a la vulneración de algún otro principio de orden constitucional como el de legalidad tributaria, la autonomía de las universidades o de los gobiernos locales, la libre competencia o la iniciativa privada, entre muchos otros que se encuentran expresamente enumerados en la Constitución.

Por otra parte, también puede referirse a vicios de carácter competencial, como sucede cuando un órgano aprueba una norma con rango de ley que excede las atribuciones que le acuerda la Constitución.³¹

No sorprende que en la mayoría de las demandas presentadas por ciudadanos prevalezca el alegato de vulneración de derechos fundamentales, mientras que en las planteadas por el Poder Ejecutivo primen los argumentos relacionados con sus competencias en materias como minería o pesca, entre otras.

Los ciudadanos alegaron que las normas con rango de ley vulneraban derechos fundamentales en 65 casos (41,14 % del total), y los colegios profesionales, en otros 54 (34,18 % del total). Es decir que la sociedad civil organizada planteó la vulneración de derechos en el 75,32 % de los casos en que se alegó tal situación.

Corresponde comenzar advirtiendo que, del universo de 470 casos cuya sentencia está publicada, se ha alegado la vulneración de derechos fundamentales en 158 casos, es decir, un 33,62 % de dicho total. En el resto de los casos se alegaron violaciones de otros principios o de competencias expresadas en normas con rango de ley.

Entre los principios que se han esgrimido con más frecuencia como fundamento de la pretensión de los demandantes se encuentran los derechos a la igualdad y no

³¹ Se debe destacar que el artículo 110 del Código Procesal Constitucional establece que “si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad”.

discriminación (54,43 % de las demandas), a la libertad de contratación (14,56 %), a la seguridad social (13,92 %), a la inviolabilidad de la propiedad (13,29 %) y a la libertad contractual (12,03 %).

Debe advertirse que no en todos los casos de alegatos respecto de la vulneración de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido del derecho invocado. Esto ha sucedido en 139 de los 158 casos, que representan el 87,97 % del total.

Es decir que el Tribunal ha considerado con una muy alta frecuencia los alegatos de vulneración de derechos desarrollando su contenido, independientemente de si acabará estimando la demanda o no.

Tabla 19. Casos sobre vulneración de derechos fundamentales, Tribunal Constitucional (total: 158 casos)

Se desarrolla el contenido de derechos fundamentales	139	87,97%	Todo	112	80,58%
			Parte	27	19,42%

Nota: el total corresponde a casos en donde se alegó la vulneración de algún derecho fundamental.

Asimismo, cabe agregar que de los 139 casos, solo en 112 desarrolló la totalidad de los derechos alegados, lo que representa un 80,58 %, mientras que en los 27 casos restantes, el Tribunal solo desarrolló alguno de los derechos invocados por los demandantes, alcanzando un total de 19,42 % de los casos.

El Tribunal desarrolló fundamentalmente los derechos la igualdad y no discriminación (47,47 % de las demandas), a la libertad de contratación (13,29 %), a la seguridad social (13,29 %), a la inviolabilidad de la propiedad (13,29 %) y el derecho al trabajo (6,33 %). Los datos expuestos demuestran que existe una correlación bastante estrecha entre los derechos alegados por las partes y aquellos desarrollados por el Tribunal en sus sentencias.

Por último, corresponde destacar que en 84 casos, el 17,87 % del total, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia estimatoria basado en la vulneración o restricción desproporcionada de los derechos fundamentales alegados.

En 47 casos, el 29,75 % del total de demandas en las que se alegó la vulneración de derechos, el Tribunal Constitucional basó su sentencia en la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, en 13 casos (8,23 % del total) sostuvo que se vulneró el derecho a no ser procesado ni condenado sin ley previa y en 12 casos (7,59 % del total) resolvió que se vulneró el derecho a la libertad de contratación.

Las sentencias estimatorias involucraron también otros derechos como el acceso a la seguridad social (6,96 % de los casos), la tutela jurisdiccional (5,70 % de los casos), el derecho al trabajo, la remuneración del trabajador y la negociación colectiva (14,56 % del total), el derecho de propiedad (3,80 %), el derecho de acceso a la información pública (3,80 %) y el derecho a la libertad sindical (3,16 %).

En los 20 casos restantes, que representan el 12,66 % del total, se estimó la demanda por vulneración de derechos como el debido proceso y el principio de legalidad, huelga, integridad y libertad de expresión, entre otros.

10. Materias desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad

Las 536 demandas de inconstitucionalidad presentadas impusieron la necesidad de analizar distintas áreas del derecho,³² lo que puso en evidencia el proceso de constitucionalización que afecta a todos los ámbitos jurídicos.

A fin de clasificar las materias analizadas por el Tribunal Constitucional cabría diferenciar entre normas relacionadas con el derecho civil, el administrativo, el tributario, el laboral, el constitucional orgánico, el penal, el previsional, el ambiental, el competencial y regulatorio, el internacional y el relacionado con el ámbito militar y policial.

El 29,10 % de las demandas, 156 en total, se refieren a normas relacionadas con el ámbito administrativo. Se analizaron casos como los de la Ley de Publicidad Estatal, las normas relacionadas con la importación de vehículos y las que regulan programas sociales, entre otras.

En segundo lugar se ubican las demandas dirigidas contra normas relacionadas con el ámbito laboral. Estas representan el 10,45 % del total de casos y alcanzan 56 expedientes. En este punto se identificaron casos como los de la Ley Servir o el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, entre otros.

Por otro lado, tenemos las demandas dirigidas contra normas relacionadas con el derecho tributario, que suman 47 y constituyen el 8,77 % del total de casos. En este ámbito se incluye el análisis de constitucionalidad realizado respecto de diversos tributos nacionales como el impuesto temporal a los activos netos (ITAN) o impuesto a las transacciones financieras (ITF), pero también respecto de arbitrios municipales.

En el 8,02 % de las demandas, 43 en total, se impugnaron leyes orgánicas o de reforma constitucional. En el ámbito constitucional orgánico se analizaron casos como los de las leyes de carrera judicial o de descentralización, otros relacionados con la reforma del Reglamento del Congreso o las leyes de reforma constitucional como la que dispuso el cierre del régimen de la cédula viva o la que introdujo la prohibición de la reelección de alcaldes, entre otras.

También se han planteado 37 demandas instando el control de normas relacionadas con cuestiones previsionales, que constituyen el 6,90 % del total de los casos.

³² Cabe advertir que en 78 resoluciones de improcedencia no se ha podido determinar la materia a la que se refiere la demanda, pero están mayoritariamente dirigidas contra ordenanzas municipales.

En este ámbito puede mencionarse el control de las normas referentes al régimen del Decreto Ley 19990 o la Reforma del Sistema Privado de Pensiones, entre otras.

Por otra parte, la investigación permitió determinar que un total de 30 demandas, que representan el 5,60 % del total, inciden en el ámbito del derecho civil, entre ellas el cuestionamiento de las normas que modificaban el Código Procesal Civil y los decretos legislativos del Notariado.

En 28 casos, 5,22 % del total, la demanda promovía el control de normas que regulaban temas ambientales como la Ley de Recursos Hídricos y un conjunto de leyes y ordenanzas de preservación de recursos naturales y uso de suelos.

Diversas normas relacionadas con el derecho penal fueron cuestionadas en 24 demandas que representan el 4,48 % del total de casos. El Tribunal Constitucional ha controlado la constitucionalidad de diversas modificatorias del Código Penal y del Código Procesal Penal, así como de las políticas penitenciarias.

El 3,36 % de las demandas presentadas, 18 casos en total, se refería a disposiciones relacionadas con temas de competencia y regulación. Es de destacar que estuvieron esencialmente dirigidas contra ordenanzas municipales y regionales.

También se controló la constitucionalidad de diversos tratados y acuerdos comerciales internacionales, en un total de 10 casos que representan el 1,87 % del total.

Finalmente, se destaca un grupo de demandas contra disposiciones relacionadas con el ámbito militar-policial que representan el 1,68 % de los casos, 9 en total. Las demandas aludidas se referían a la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, al Código de Justicia Militar y a las normas sobre uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Conclusiones

En las últimas décadas, el Perú ha registrado un importante progreso en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas y, desde el año 2000, puede decirse que el Tribunal Constitucional ha funcionado sin interferencias.

La brevedad del periodo de mandato de los magistrados, combinado con la prohibición de reelección inmediata, hace que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional varíe con relativa frecuencia e intensidad, pero en todo caso se ajusta a las tendencias globales de las mayorías que en el Perú han sido siempre cambiantes.

El estudio demuestra que el control es activado en muy importante medida por los ciudadanos o los colegios profesionales, aunque se advierte también que falta capacitación en este ámbito. Esta problemática se expresa en las demandas planteadas contra normas que no tienen rango de ley o por sujetos que no se encuentran legitimados, y cabe subrayar que en todos estos casos los escritos llevaban firma de abogado.

El proceso de control de la constitucionalidad de las decisiones políticas mayoritarias expresadas en la ley no ha sido fundamentalmente impulsado por los

legisladores, ni en general por los actores políticos o judiciales, sino fundamentalmente por los propios ciudadanos.

Los legisladores y ciudadanos demandan primordialmente contra leyes, mientras que el Poder Ejecutivo litiga usualmente contra normas regionales. Los alcaldes provinciales, en cambio, demandan sobre todo contra ordenanzas.

En resumen, las autoridades con potestades administrativas demandan por las afectaciones de su competencia, mientras que los parlamentarios y ciudadanos enfrentan las decisiones políticas.

La cantidad de sentencias estimatorias en el ámbito de las normas regionales es casi el doble que en el de los órganos de nivel nacional y, por ende, se evidencia que se requiere reforzar no solo el nivel de preparación de las procuradurías, sino también el de los consejos regionales que son los que expiden las normas controladas.

En general, las oficinas encargadas de la defensa de las normas impugnadas han presentado contestaciones con un nivel de rigor analítico relativamente bajo, sin mencionar que se ha verificado un importante nivel de inestabilidad de los responsables de llevar a cabo esta tarea.

Por otra parte, se advierte que el Tribunal Constitucional no ha tenido una actitud excesivamente complaciente respecto de las normas emitidas por el Congreso que los eligió para el ejercicio del cargo, ya que el 28,26 % de las leyes sometidas a control fueron declaradas inconstitucionales.

Si bien se observa que el Poder Ejecutivo ganó más del 78 % de los casos en los que presentó la demanda también es importante destacar que estas se dirigieron primordialmente contra normas subnacionales en el 89,36 % de los casos.

El Pleno actual del Tribunal Constitucional tiene la tasa más alta de normas declaradas inconstitucionales, pero también es el que más demora en expedir la resolución que pone fin al proceso y el que mayor dispersión de votos ha presentado.

La demora promedio para concluir un caso (desde que se presentó la demanda hasta que se publicó la resolución que pone fin al proceso) ha sido de 416,14 días. Si se toman en cuenta solo las sentencias, es decir, se excluyen los autos que ponen fin al proceso, ese promedio se eleva a 467,82 días.

Cabe destacar que cuando se trató del control de las resoluciones legislativas, la demora en la sentencia resultó tres veces menor que cuando se analizó la constitucionalidad del resto de las normas (128,67 días).

La demora en expedir sentencia cuando se trató del control de las leyes se ubicó levemente por debajo del promedio (412,64 días), mientras que cuando la demanda impugnó los decretos de urgencia y los decretos legislativos, en cambio, se encontró ligeramente por encima del promedio (469,93 y 488,57 días, respectivamente).

Esta media puede ser mejorada y, a tal fin, los sucesivos plenos deberán ir adoptando medidas de política jurisdiccional orientadas a favorecer la celeridad en la resolución de las causas.

Por otro lado, cabe resaltar que incluso cuando la naturaleza de los procesos de inconstitucionalidad supone un análisis abstracto de la norma impugnada, no es

menos cierto que el Tribunal Constitucional ha conocido casos en los que se alegó la vulneración de derechos fundamentales. Estos casos representaron algo menos de un tercio del total.

En el 87,97 % de los casos en los que se alegó la vulneración de derechos, el Tribunal Constitucional desarrolló su contenido, estimando las demandas en el 53,16 % de los mismos. Se advierte, en consecuencia, un elevado interés por determinar la constitucionalidad de las normas a la luz de la concreción de los principios invocados.

Como resultaba previsible, los sujetos legitimados que con más frecuencia alegaron la infracción de principios relacionados con derechos fundamentales fueron los ciudadanos y los colegios profesionales, cuyas demandas representan más de las tres cuartas partes del total, lo que subraya el importante papel que cumplen en este ámbito.

La función contramayoritaria de la jurisprudencia constitucional se expresó con bastante claridad en los casos analizados, dando lugar a decisiones estimatorias que se fundaron en principios como el de igualdad, legalidad penal y los relacionados con los derechos laborales, entre otros.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional jugó un importante papel en la consolidación de la democracia peruana, pero quedan por delante importantes retos relacionados, fundamentalmente, con la celeridad de las decisiones y la capacitación de todos los intervinientes en el proceso de control concentrado de constitucionalidad de las normas.

Bibliografía

- AHUMADA, Marian, “¿Hay alternativas a la *Judicial Review*?” en Juan VEGA y Édgar CORZO (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. Disponible en: bit.ly/OmarSarKAS1
- AMAYA, Jorge, *Marbury v. Madison – Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 5ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- BOREA, Alberto, *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte*, Lima, El Búho, 2016.
- CARPISO, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009.
- GONZÁLEZ, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- LANDA, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, 2ª. ed., Lima, Palestra Editores, 2003.
- SAR, Omar, “La jurisdicción constitucional en el Perú”, en Gerardo ETO CRUZ (coord.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, t. II, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2014.

Emerson Affonso da Costa Moura* (Brasil)

30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático

RESUMO

Os contributos do exercício da jurisdição constitucional nos 30 anos da Constituição Federal Brasileira promovendo os direitos fundamentais, de forma a garantir a realização das prestações necessárias aos referidos direitos, mas respeitando o princípio democrático, é o tema posto em debate. Para tanto, analisa-se o fenômeno de constitucionalização do Direito no Brasil, o papel assumido pela jurisdição constitucional brasileira e a análise crítica da atuação da corte constitucional na tensão entre constitucionalismo e democracia.

Palavras-chave: Constituição, constitucionalização, direitos fundamentais, princípio democrático, jurisdição constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich anlässlich des dreißigjährigen Bestehens der brasilianischen Bundesverfassung mit dem Beitrag der Verfassungsgerichtsbarkeit zur Wahrung der Grundrechte, durch den die Bereitstellung der für die genannten Rechte erforderlichen Leistungen unter Beachtung des Demokratieprinzips sichergestellt werden soll. Dazu wird auf das Phänomen der Konstitutionalisierung des Rechts in Brasilien und die von der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit übernommene Rolle einge-

* Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor Convidado da Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUCRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF), e Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). emersonacmoura@yahoo.com.br

gangen und eine kritische Analyse des Vorgehens des Verfassungsgerichtshofs im Spannungsfeld von Konstitutionalismus und Demokratie vorgenommen.

Schlagwörter: Verfassung, Konstitutionalisierung, Grundrechte, Demokratieprinzip, Verfassungsgerichtsbarkeit.

ABSTRACT

The discussion centers around the contributions of the exercise of constitutional jurisdiction in the 30 years elapsed from the approval of the Brazilian Federal Constitution promoting fundamental rights, in such a way that the provision of the services required by these rights is guaranteed, but democratic principles are respected. To this end, the analysis deals with the phenomenon of constitutionalization of law in Brazil, the role undertaken by the Brazilian constitutional jurisdiction, and the critical role of the constitutional court in the framework of the strain between constitutionalism and democracy

Keywords: Constitution, Constitutionalization, Fundamental rights, Democratic principles, Constitutional jurisdiction.

Considerações iniciais

Com o fim da ditadura militar, a ascensão do Estado Democrático de Direito no Brasil é marcado pela consagração, na Constituição Federal de 1988, de amplo sistema de proteção dos direitos do homem com epicentro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e no catálogo aberto de direitos fundamentais, bem como de expansão da jurisdição constitucional, com reforço dos legitimados e mecanismos de deflagração.

A adoção de um texto constitucional analítico, com a inclusão de diversas matérias na lei fundamental e, portanto, a sua subtração da política ordinária, a previsão da cláusula da inafastabilidade da tutela jurisdicional na apreciação de lesão ou ameaça de Direito, aliada ao crescente déficit de representação das instâncias democráticas, conduziram ao reforço da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

Na última quadra histórica, as principais questões políticas e sociais relevantes, – inclusive relativas à promoção dos direitos fundamentais, que encontram como legítimo espaço de deliberação pública o âmbito da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa – foram objeto de judicialização, tendo sido decididas em última instância pela corte constitucional.

Embora o papel desempenhado pelo Poder Judiciário em um Estado com baixos índices de desenvolvimento humano e social represente uma força motriz para a concretização dos direitos fundamentais, e assim para o próprio processo democrático, em um Estado Democrático de Direito há limites normativos e políticos a serem observados no exercício da jurisdição constitucional.

Os limites textuais e substanciais da norma constitucional,¹ a existência de excessos² ou o exercício de preferências políticas³ nas decisões políticas, bem como a fuga do exercício pela cidadania do poder político do âmbito das searas democráticas, são questões que tornam necessária a delimitação de contornos à atuação do Poder Judiciário na promoção dos Direitos Fundamentais.

Na tensão entre *constitucionalismo e democracia*, busca o presente trabalho analisar os contributos do exercício da jurisdição constitucional na promoção dos direitos fundamentais nestes 30 anos, de forma a garantir as prestações necessárias à realização dos referidos direitos, mas respeitando o princípio democrático.⁴

Para tanto, analisa-se inicialmente o fenômeno de constitucionalização do Direito no Brasil e o processo de expansão da atuação do Poder Judiciário; depois, o papel assumido pela jurisdição constitucional brasileira, para, por fim, fazer a análise crítica da atuação da corte constitucional na tensão entre constitucionalismo e democracia.

1. A constitucionalização do direito no Brasil

Com o término da segunda guerra mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, observa-se uma série de transformações na forma de

¹ José Reinaldo de Lima Lopes, *Judiciário, democracia e políticas públicas*, Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122, Brasília, Senado Federal, p. 260, maio-julho, 1994. É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando a falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, da desigualdade e da falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo pode conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real.

² Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagra, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o tema, vide Florian F. Hoffman e Fernando R. N. M. Bentes, *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*, em: Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira Souza Neto (orgs.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 391-400.

³ Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazidas pelo constituinte, vide Daniel Sarmiento, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*, em: Daniel Sarmiento (org.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009, p. 133.

⁴ Neste tocante, o controle judicial, sobre os atos dos demais poderes advindos da deliberação da maioria, se mostra instrumento eficaz para garantir que os direitos fundamentais que são pré-requisitos de legitimidade da atuação desses poderes não sejam violados. Um arranjo onde há legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos membros da corte pelo Executivo é um modelo eficiente para reduzir a injustiça política a longo prazo. Sobre o tema, vide Ronald Dworkin, *Juízes políticos e democracia*, Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.

organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Constitucional de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo.⁵

Sob a designação de neoconstitucionalismo compreendem-se distintas vertentes⁶ que consolidam os novos paradigmas do fenômeno político-jurídico, produzindo mudanças na compreensão do Direito no campo da *dogmática*, da *teoria* e da *prática jurídica*, garantindo a crescente reaproximação entre o Direito e os valores de ética e justiça, em contraponto ao distanciamento do modelo anterior.⁷

Na vertente da *dogmática*, o neoconstitucionalismo envolve o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, com o reconhecimento – além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares – do seu ângulo objetivo como representante da consagração da ordem objetiva dos valores essenciais à sociedade.⁸

Com a expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a preservação dos direitos fundamentais do processo político majoritário, reservando sua tutela à seara do Poder Judiciário.⁹

⁵ Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha, a da Constituição da Itália, e a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil, com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: Miguel Carbonell, *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, em: Miguel Carbonell (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1ª. ed. Madri, Editorial Trotta, 2003, p. 9, e Luis Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil*, em: Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (orgs.) *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 205.

⁶ Abrange, portanto, as teorias de Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Robert Alexy e Ronald Dworkin, dentre outros. Sobre as distintas perspectivas teóricas e suas características comuns, vide por todos: Susana Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, Doxa, N. 21-II, 1998, p. 340 e seguintes.

⁷ Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*, em: Eduardo Ribeira Moreira e Maurício Pugliesi, *20 anos da Constituição Brasileira*, São Paulo, Editora Saraiva, 2009, pp. 197-208. Adotam-se como ponto de partida para este breve estudo do fenômeno os planos de análises propostos por Miguel Carbonell, mediante abordagem das transformações ocorridas nas Constituições, nas práticas judiciais e no desenvolvimento teórico dos modelos constitucionais.

⁸ Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 371. Liga-se à dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política, potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia, enquanto fins ou valores comunitários, sobre uma miríade de relações jurídicas.

⁹ Rosa Júlia Plá Coelho, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*, 1ª. ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005, p. 34. Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição

No campo da *prática judicial*, abrange a reelaboração da interpretação constitucional, com o redimensionamento da norma jurídica como veiculadora apenas dos elementos iniciais para a solução do problema, a assunção dos fatos enquanto instrumento de delimitação dos resultados possíveis, e o intérprete sendo um dos sujeitos que participa no processo de criação do Direito.¹⁰

Enseja a definição de métodos interpretativos mais flexíveis e compatíveis com as hipóteses onde há a incidência multidimensional de normas jurídicas e complexidade dos fatos em questão, permitindo, mediante concessões recíprocas, a preservação dos bens e interesses em jogo e a definição do direito precedente em caso, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e à concordância prática.¹¹

Na vertente da *teoria jurídica*, o neoconstitucionalismo importa no reconhecimento da força normativa da Constituição, com o rompimento da concepção da lei fundamental como mero documento político que veicula convite à atuação dos poderes públicos, mas também na atribuição do *status* de norma jurídica delimitando limites e impondo deveres de atuação para o Estado.^{12, 13}

Compreende, ainda, a posição de centralidade assumida pelos direitos fundamentais no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores e irradiando sua

constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais.

¹⁰ Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, em: Miguel Carbonell (org.). *Neoconstitucionalismo(s)...*, *op.cit.*, p. 18. Altera-se o papel do Poder Judiciário, que passa a ter a competência ampla para invalidar atos legislativos e administrativos considerados como inconstitucionais e interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição, com o preenchimento das antinomias e lacunas.

¹¹ O emprego da técnica legislativa de *conceitos jurídicos indeterminados* dotados de maior plasticidade e textura aberta e o reconhecimento de normatividade dos *princípios* com menor densidade jurídica inviabilizam que o intérprete extraia das normas em abstrato os elementos necessários à sua aplicação, sujeitando-se às suas valorações, e escolha entre as soluções possíveis mediante a ponderação entre os bens envolvidos e a argumentação como elemento de controle da racionalidade da decisão proferida. Sobre o tema, vide Jane Reis, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006. Em especial o capítulo III.

¹² Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris (ed.), 1991, pp. 14-15. Uma das obras precursoras sobre o tema, extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tampouco se limita ao reflexo das condições fáticas: sua essência reside na pretensão de eficácia, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação.

¹³ Na nossa experiência constitucional, antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, significa a interrupção do ciclo inicial de *baixa normatividade* das disposições que veiculavam os direitos fundamentais – em especial, das normas que declaravam os direitos sociais – com o reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos. Sobre o tema: Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 7ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003. Em especial, Capítulo IV.

força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos.¹⁴

Por efeito, com a expansão da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário assume um novo papel na promoção dos direitos fundamentais, que, aliado ao acréscimo da demanda social por justiça e a recuperação de suas garantias institucionais, resulta na sua *ascensão político-institucional* e na expressiva *judicialização das questões políticas e sociais*.¹⁵

Através do reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição e do novo *status* dos direitos fundamentais na ordem jurídica, deriva-se um processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição com o objetivo de realizar os bens e valores fundamentais veiculados, em um processo designado de *constitucionalização do Direito*.¹⁶

Corresponde o fenômeno, portanto, à transformação do ordenamento jurídico oriundo de sua impregnação pelas normas constitucionais, que passam a redimensionar as atividades *legislativa, judicial e doutrinária* ao novo papel de centralidade assumido pela Constituição nas relações com os poderes públicos e com a sociedade.

Na nossa ordem jurídica, o fenômeno de constitucionalização se inicia com a promulgação da Constituição da República de 1988, em um processo que resultou no seu deslocamento para o eixo central do sistema jurídico e no reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação daqueles fatores mencionados.¹⁷

¹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1ª. ed., Madri, Trotta, 1999, p. 22. Os direitos fundamentais apresentam, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas, e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito.

¹⁵ Luis Pietro Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, em: Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismos*, p. 122. Corresponde a chamada onipotência judicial, decorrente da compreensão de que, sendo a Constituição uma norma jurídica presente em todo o tipo de conflito em razão do seu denso conteúdo material, a grande maioria das questões da vida social e política se submete ao controle pelo Poder Judiciário.

¹⁶ José Adércio Leite Sampaio, *Mito e história da Constituição: prenúncios sobre a constitucionalização do Direito*, em: Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 200. A força irradiante da Constituição, portanto, não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados de norma numa espécie previsível de autoalimentação constitutiva, mas se projetou para todo o sistema jurídico, revisando o sistema de fontes e reestruturando seus pilares deontológicos.

¹⁷ Neste tocante, realiza idêntico movimento translativo ao ocorrido na Alemanha, onde sob a égide da Lei Fundamental de 1949 e consagrando o desenvolvimento doutrinário, o Tribunal Constitucional Federal assenta que os direitos fundamentais instituem uma ordem objetiva de valores, condicionando a interpretação de todas as normas e vinculando os poderes públicos.

Oriundos de uma experiência constitucional marcada por uma inflação legislativa e uma insinceridade normativa,¹⁸ onde as Constituições garantistas tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, a veiculação de amplo elenco de direitos fundamentais e a sua inserção dentre as restrições ao poder de reforma reforçaram a rigidez da Constituição.¹⁹

A previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental produziu a subtração do alcance do legislador de distintas questões da vida política e social, que passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais, sujeitando-se, portanto, ao controle de adequabilidade com a lei fundamental.²⁰

Neste ponto, a expansão da jurisdição constitucional mediante a criação de novos instrumentos²¹ de controle de constitucionalidade e a ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura das ações abstratas, garantiu a proteção das normas constitucionais e a preservação de sua hierarquia mediante atuação do Poder Judiciário.

Por efeito, a ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados dos poderes públicos e do crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de judicialização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas.²²

A necessidade de reelaboração doutrinária da hermenêutica constitucional de forma a resguardar tanto o processo democrático quanto a estabilidade institucional

¹⁸ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*, p. 61. Não foi incomum a existência formal de Constituições que invocaram o que não estava presente, afirmavam o que não era verdade e prometiam o que não seria cumprido. Como exemplo, tem-se a Constituição de 1969, que garantia os direitos à integridade física e a vida, em tempos de prisões ilegais, tortura e desaparecimento de pessoas na ditadura.

¹⁹ Riccardo Guastini, *op. cit.*, p. 51. Acentua-se o processo de constitucionalização nos ordenamentos em que, além da previsão de um procedimento especial de alteração das normas constitucionais, existem princípios constitucionais não sujeitos à reforma pelo poder constituinte derivado. Isto ocorre em nossa ordem jurídica, onde são previstos, além de um processo legislativo específico (artigo 60 *caput*), princípios sensíveis que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda (artigo 60 §4º, todos da Constituição).

²⁰ Daniel Sarmento, *op. cit.*, p. 125. A hospedagem no texto constitucional de inúmeros princípios vagos, inclusive alguns de duvidosa dignidade constitucional, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favoreceram o processo de constitucionalização do Direito.

²¹ Amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, incisos I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º), com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), e da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º), dentre outros.

²² Como ilustrações, têm-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais, têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

na promoção dos valores fundamentais, conduziu à interpretação da lei conforme a Constituição quando possível, evitando a contrariedade com os seus preceitos e garantindo a manutenção da validade da lei.²³

2. O papel da jurisdição constitucional brasileira

A judicialização das questões políticas e sociais decorre do desenho institucional vigente – que, apoiado na ampla constitucionalização-inclusão de matérias infra-constitucionais, na adoção do sistema de jurisdição una e no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional – que conduz ao Poder Judiciário as principais controvérsias da sociedade.

Todavia, no âmbito da jurisdição constitucional esse exercício do controle das questões políticas e sociais – que caberiam precipuamente à deliberação política dos demais Poderes Estatais – pode importar na adoção pela Corte Constitucional de uma postura *autocontida* – de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos – ou *ativista* – de proteção das normas constitucionais criadas pelo poder constituinte.

Com a Constituição Federal de 1988 e a reformulação da interpretação judicial é reforçado o papel contramajoritário da corte constitucional – passando do de ordenação e conformação da realidade político-social vigente ao de concretização dos bens e interesses fundamentais eleitos pela sociedade em sua lei fundamental, dentre os quais a proteção e promoção dos direitos do homem.

Por efeito, na última quadra histórica o Supremo Tribunal Federal tem exercido, no controle de constitucionalidade, um papel evidente na fiscalização dos atos dos demais poderes com fins de garantia de proteção das normas constitucionais – em especial no que se refere ao respeito e à concretização dos direitos fundamentais.

Isto ocorre pela aplicação direta e imediata da Constituição em situações não expressamente contempladas no texto constitucional diante de omissão ou violação por disciplina normativa, quer pelo legislador, quer por ato concreto do administrador, com vistas à garantia de proteção ou à concretização dos valores e fins constitucionais.

É o que ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 32, onde o Supremo Tribunal Federal, apesar da inexistência de regra constitucional explícita acerca das uniões homoafetivas, determinou o reconhecimento

²³ Compete ao Poder Judiciário preservar as condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático mediante a tutela dos princípios fundamentais e dos procedimentos adequados à participação e deliberação. Sobre o tema, vide Cláudio Pereira, Souza Neto, *Jurisdição, democracia e racionalidade prática*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

e a equiparação com as uniões estáveis tradicionais, com fundamento central no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.²⁴

O controle de constitucionalidade abrange a invalidação de atos normativos de constitucionalidade discutível emanados do Poder Legislativo ou Administrativo com adoção de critérios menos rígidos do que aqueles onde inexistente patente e ostensiva violação da Constituição, com vista à preservação da hierarquia das normas constitucionais.

É o verificado no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3685, onde a Emenda Constitucional 52, que disciplinava coligações eleitorais impondo sua aplicação imediata, violava a anterioridade anual da lei eleitoral, à qual, embora não ostentasse o de cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal status com fins de garantir a preservação e eficácia da referida norma constitucional.²⁵

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

É o que foi decidido na ADPF 45/DF, em que o Presidente da República vetou norma da lei de diretrizes orçamentárias que garantia recursos mínimos para ações e serviços públicos de saúde, e o Supremo Tribunal Federal entendeu que embora houvesse espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa elas não podiam ser utilizadas para neutralizar a eficácia dos direitos sociais.²⁶

²⁴ Neste caso das uniões homoafetivas (ADPF 132), inexistente regra constitucional expressa que tutele as relações ou prescreva a aplicação do regime de união estável, bem como não há vedação da norma do artigo 226 §3º, uma vez que esta, ao tratar de homem e mulher, buscou a superação da desigualdade na relação de casamento e não impedir a aplicação do regime às uniões homoafetivas. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, com fundamento na dignidade da pessoa humana, aplicou o regime das uniões estáveis a essa nova modalidade de família. Sobre o tema, vide: Luís Roberto Barroso, *O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, Revista do Ministério Público do RJ, pp. 155 e ss., n. 27.

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

²⁶ Na ADPF 45/DF o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que, não obstante a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, neste domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, de modo que não podem proceder com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre o tema, em seus limites e possibilidades, vide: Emerson Affonso da Costa

No Brasil esse ativismo judicial está diretamente relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática – que gera um descolamento entre os órgãos representativos e a sociedade – e a incapacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder Judiciário.

A redução da deliberação política ao processo eletivo,²⁷ a histórica e pernicioso influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor²⁸ e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse²⁹ conduzem a um distanciamento entre representante e representado, promovendo estreitamento do debate político, que se transfere para os órgãos judiciários.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social em que há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário no Brasil uma instância decisória de questões polêmicas,³⁰ o que reforça de forma negativa aquela atrofia.

O processo de hipertrofia legislativa com a explosão de legislação infraconstitucional e regulamentação infralegal, bem como a tecnicidade da produção legislativa,

Moura. *Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional, IBDC, volume 77, dez 2011.

²⁷ Ana Paula de Barcellos, *Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, em: RDE, ano 3, N. 12, Out/dez 2008, pp. 82-84. Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, à dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e à falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, e até mesmo à descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública.

²⁸ Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista*, marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico, que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 15ª. ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.

²⁹ A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor, é uma das formas de captura, mas não o único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captação dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: Wagner Pralon Mancuso, *O lobby da indústria no Congresso Nacional*, São Paulo, EDUSP, 2007, p. 110.

³⁰ José Ribas Vieira, Margarida Maria Lacombe Camargo e Alexandre Garrido Silva, *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*, em: Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009, pp. 44-45. O ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes do Estado. Em casos que são politicamente custosos, com temas profundamente custosos sem perspectiva de consenso na sociedade – como as uniões homoafetivas, ditadura militar e aborto –, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista, repassando os custos políticos para os tribunais, que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões.

com a criação de conceitos jurídicos indeterminados, desencadeiam a ampliação dos conflitos na sociedade e da litigiosidade, bem como um potencial criativo e uma margem de discricionariedade no Judiciário.³¹

As omissões legislativas na regulamentação de preceitos impostos pela Constituição que impedem o exercício dos direitos pelos representados, aliadas à instituição de mecanismo próprio de controle de constitucionalidade pela via concentrada, e a utilização de ação constitucional na via incidental, impõem a intervenção judicial na decisão política.

Por efeito, neste cenário de crise das instâncias democráticas, a rigor, o papel ativo do Poder Judiciário – em especial do Supremo Tribunal Federal – na realização dos valores e fins constitucionais não viola o princípio da separação dos poderes, mas é capaz de contribuir com o processo democrático ao garantir os seus pressupostos materiais pela concretização dos direitos fundamentais.

Isto exerce demasiada importância no que tange aos direitos fundamentais, onde há um dever de proteção e promoção pelos poderes públicos – com oferecimento das prestações necessárias para a sua fruição, e impondo, em sua ausência, a tutela pelo Poder Judiciário com o respectivo controle dos atos, não é exercido, porém, de forma ilimitada.

Entretanto, o Poder Judiciário não pode atuar a título de proteção dos direitos fundamentais como *poder constituinte permanente*, moldando a Constituição de acordo com as suas preferências políticas, sem a devida legitimidade e responsabilidade política, em evidente violação ao princípio majoritário e ao processo democrático.³²

Há princípios sensíveis à democracia: questões notadamente políticas que se sujeitam à vontade da maioria e que, portanto, estão, a rigor, fora da ingerência do Poder Judiciário; mas também há princípios insensíveis ao princípio majoritário: questões relativas à própria proteção da pessoa humana, que se sujeitam ao controle judicial.³³

3. Análise crítica do papel da Corte Constitucional

O Estado Democrático de Direito se erige sob a dialética entre *constitucionalismo* – enquanto técnica de limitação do poder como forma de garantia dos direitos

³¹ Celso Fernandes Campilongo, *O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 87. A hipertrofia do direito legislado e a produção de leis vagas reforçam e alimentam a possibilidade do direito judicial, transferindo para o Poder Judiciário a decisão sobre conflitos que caberiam ser dirimidos no âmbito político.

³² Daniel Sarmiento. A proteção judicial dos direitos sociais, em: Cláudio Pereira de Souza Neto, (orgs.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

³³ Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 129 e 224.

básicos do cidadão³⁴ – e *democracia* – enquanto soberania popular e vontade da maioria³⁵ – e, portanto, sob uma tensão imanente entre os direitos fundamentais e o governo democrático.

De um lado, portanto, cabe à Constituição garantir as condições necessárias ao processo democrático mediante a garantia das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política – inclusive com a garantia das liberdades fundamentais essenciais ao exercício democrático.³⁶ Porém, por outro, abrange preservação de um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permitem que os poderes constituídos disponham livremente dos bens essenciais da sociedade, gerando o esvaziamento da eficácia das normas constitucionais a título de exercício da democracia.³⁷

Assim, se por um lado cabe aos poderes constituídos o processo de concretização das normas constitucionais através da conformação legislativa e da discricionariedade administrativa, por outro, os direitos fundamentais – fruto do poder constituinte originário – não se sujeitam a um espaço ilimitado de decisão do governo democrático na sua proteção, promoção e restrição.

Neste sentido, portanto, a lei fundamental veicula consensos mínimos para a proteção dos indivíduos e o funcionamento do regime democrático, protegendo os direitos fundamentais do exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas

³⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª. ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 47.

³⁵ Na teoria contemporânea da Democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a teoria clássica de Aristóteles, da Democracia como governo do povo, de todos os cidadãos – ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania –; a teoria medieval, de origem Romana, que identifica Democracia com soberania – o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior –; e a teoria moderna, de Maquiavel, onde Democracia é o governo genuinamente popular. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 320.

³⁶ A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (art. 1º, *caput*), garantiu o pluralismo político (art. 1º, inciso V), a inserção, como cláusula pétreia, tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, e a forma federativa (art. 6º §4º), dentre outros. No viés procedimentalista, vide: John Hart Ely, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2011, e Jurgen Habermas, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

³⁷ Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2009, pp. 382-91. Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria a limitação do poder e os direitos fundamentais.

por maiorias políticas ocasionais, inclusive mediante o controle de deliberações políticas que o violem.³⁸

Na nossa ordem jurídica, onde há um sistema de Controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, as tensões são resolvidas pelo exercício da jurisdição constitucional³⁹ que tutela a *soberania popular* com a preservação das condições procedimentais do exercício democrático e os *direitos fundamentais* pela proteção à manifestação da vontade da maioria.⁴⁰

De tal sorte, cabe ao Poder Judiciário garantir a proteção e promoção dos direitos fundamentais mediante o controle dos atos dos demais poderes públicos que os violem ou não os concretizem, sem que isto, necessariamente, resulte em violação do princípio democrático, mas, inclusive, exteriorize a proteção dos pressupostos básicos da democracia. Isto porque nas democracias contemporâneas o processo democrático deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações; isto ocorre mediante o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitem a igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas.⁴¹

Assim, a construção de um modelo cooperativo no contexto democrático compreende a concretização de direitos fundamentais capazes de garantir a liberdade de agir e o acesso igualitário de todos à participação do processo de formação da vontade coletiva, de forma a atribuir legitimidade e correção ao próprio processo democrático.

³⁸ A Constituição deve proteger, e as cortes judiciais implementar, os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista, vide: John Rawls, *Uma teoria de justiça*, Belo Horizonte, Editora Martins, 2008; e Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, Belo Horizonte, Editora Martins Fontes, 2010.

³⁹ Peter Häberle, *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*, em: Peter Häberle, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 166. Cabe a todo órgão que possua o *status* de realizar a jurisdição constitucional zelar pela aplicação das normas constitucionais, inclusive, se for necessário, contra a vontade da maioria.

⁴⁰ Moreira Vital, *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da Justiça Constitucional*, em: *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 179. De forma que a vontade da maioria momentânea – do poder governante – não se sobreponha sobre a vontade da maioria permanente – do poder constituinte originária.

⁴¹ Cláudio Pereira Souza Neto. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, em: Daniel Sarmento (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro Lumen Juris, 2009, pp. 79-80. Para que a deliberação ocorra em efetivo deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria, não está violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização.

Isto importa na adjudicação, pelo Poder Judiciário, das prestações materiais necessárias à fruição do direito à liberdade e à igualdade, permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública⁴² e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático.⁴³

Cabe, portanto, à Jurisdição Constitucional garantir as prestações necessárias – inclusive, o Supremo, através de súmulas vinculantes – à concretização dos direitos fundamentais como forma de proteção da supremacia axiológica da Constituição e de seus preceitos, e do próprio princípio democrático, pela garantia das condições mínimas em que a deliberação política irá ocorrer.

Porém, lembre-se que a delimitação dos direitos fundamentais – com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos, embora sujeitos a intenso desacordo – pode ser definida a rigor⁴⁴ no âmbito da democracia majoritária, porém sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Em um contexto democrático, marcado pela *liberdade e igualdade* dos indivíduos, cabe às majorias legislativas respeitar os direitos fundamentais através da garantia da preservação da *autonomia do indivíduo* para desenvolver suas capacidades *morais* – de ter sua concepção de bem e de justiça – e as faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento.⁴⁵

Por efeito, veda-se que no exercício da conformação legislativa com a regulação dos preceitos constitucionais sejam realizadas *escolhas morais*, que inviabilizem a existência da pluralidade de concepções morais dos indivíduos, dentro do consenso mínimo veiculado pela Constituição, garantindo o contexto pluralístico da sociedade e a inserção de todos no processo democrático.⁴⁶

⁴² Como ilustração, no que tange ao direito de educação não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

⁴³ A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso à alimentação adequada ou à saúde curativa, bem como um grupo hipossuficiente, sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

⁴⁴ Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece, como Dworkin, que não há apenas uma resposta possível para as questões que envolvem direitos. Sobre o tema, vide: Ronald Dworkin, *op. cit.*, cap. 13.

⁴⁵ John Rawls, *op. cit.*, p. 277 e pp. 365-380

⁴⁶ Como, por exemplo, se no crime de injúria qualificado se protege as minorias sujeitas a preconceito (art. 140, §3º), a falta de inclusão da opção sexual no tipo penal denota a exclusão de uma escolha moral – outras formas de sexualidade – pela sua não tutela, em favor da imposição de outra.

Da mesma forma, não significa que as questões sobre direitos devam ser decididas por um Poder Judiciário, uma vez que a resposta alcançada não será adequada por não respeitar as capacidades morais e políticas dos cidadãos, bem como não será a mais correta, em razão do desacordo moral existente no seio da comunidade.⁴⁷

Conclusão

Com o processo de redemocratização e com a promulgação da Carta Magna de 1988 firmam-se os pilares de um constitucionalismo compromissado, no campo social, com a proteção e promoção dos direitos fundamentais, e, no espaço político, com o respeito e desenvolvimento do princípio democrático, de maneira a concretizar um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a Constituição Federal reforçou o papel do Poder Judiciário através da ampliação das ações constitucionais, a previsão de garantias dos seus membros, e a consagração da cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a constitucionalização-inclusão com a fuga da deliberação ordinária de questões sociais e políticas, na proteção dos bens e valores sociais fundamentais.

Portanto, no exercício da função contramajoritária de promoção dos direitos fundamentais, e majoritária de proteção dos direitos das maiorias, caberá ao Poder Judiciário se mover entre a postura *autocontida* de deferência à decisão política majoritária realizada pelos poderes constituídos, ou *ativista*, de proteção das normas constitucionais criadas pelo poder constituinte.

Sob tal giro, a promoção dos direitos fundamentais demanda do poder público prestações positivas e negativas, cujas omissões e ações importarão na atuação contramajoritária da corte constitucional, para adequar a conformação legislativa ou discricionariedade administrativa ao respeito à hierarquia formal e axiológica dos preceitos constitucionais.

Todavia, reconhecer a atuação do Poder Judiciário como Guardião da Constituição e, portanto, de protetor dos direitos fundamentais contra as deliberações majoritárias e omissões inconstitucionais, não significa reconhecer que a corte constitucional atuará no espaço legítimo de decisão política dos demais poderes.

As decisões da corte constitucional denotam a importância de fixar limites ao exercício da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais: *nem tanto ao mar*, deixando a concretização dos preceitos constitucionais de forma livre aos poderes constituídos, mas também *nem tanto à terra*, fixando o conteúdo ou abrangência das regulamentações e medidas adotadas na sua realização.

⁴⁷ Como, por exemplo, no julgamento da interrupção da gestação de feto anencéfalo, quando a Corte decidiu fixar o momento em que começa a vida, impondo uma escolha moral sobre as variadas existentes na matéria, tanto do ponto de vista jurídico, filosófico, científico e religioso.

Referências

- ABRAMOVICH, Víctor; Christian COURTIS, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, em: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARBOSA, Rui, *Atos inconstitucionais*, Campinas, Russell, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- _____, *Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação*, em: RDE, ano 3, n. 12, Out/dez 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, *A americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos*, em: *Temas de direito constitucional*, t. IV, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- _____, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2 ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2009.
- _____, *Judicialização, ativismo Judicial e legitimidade democrática*, Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 73, jan./mar. 2009.
- _____, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 2006.
- _____, *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito. O triunfo tardio no Direito Constitucional no Brasil*, em: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.), *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- _____, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 7 ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____, *O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*, Revista do Ministério Público do RJ, n. 27.
- BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI, Gianfranco PASQUINO, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3ª. ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- CARBONELL, Miguel. *Nuevos tiempos para el Constitucionalismo*, em: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1ª. ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- COELHO, Rosa Júlia Plá, *Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais*, 1 ed., Brasília, Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

- DIMOULIS, Dimitri e Soraya LUNARDI, *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*, em: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de, e NOVELINO, Marcelo, *As novas faces do ativismo judicial*, São Paulo, Jus Podvim, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri, Leonardo MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Juízes políticos e democracia*, Jornal O Estado de São Paulo, 26/abril, 1997.
- _____, *Levando os direitos a sério*, Belo Horizonte, Editora Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart, *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Martins Fontes, 2011.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder*, 15^a. ed., São Paulo, Editora Globo, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1^a. ed., Madri, Trotta, 1999.
- _____, *Pasado y futuro del estado de derecho*, em: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 1^a. ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- GALLACCI, Fernando Bernardi, *O STF e as cláusulas pétreas: o ônus argumentativo em prol da governabilidade?*, São Paulo, SBDP, 2011.
- GARAPON, Antonie, *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*, Rio de Janeiro, Renavam, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HÄBERLE, Peter, *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*, em: HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, México, Porrúa, 2005.
- HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOFFMAN, Florian F., Fernando R. N. M. BENTES, *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*, em: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *Judiciário, democracia e políticas públicas*, Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122, Brasília, Senado Federal, maio-jul. 1994.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez, *Los derechos fundamentales*, Madri, Tecnos, 2004.
- MANCUSO, Wagner Pralon, *O lobby da indústria no Congresso Nacional*, São Paulo, EDUSP, 2007.
- MORAIS, Blanco de, *Justiça constitucional*, t. I., Coimbra, Coimbra Ed., 2002.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa, *Do controle jurídico ao controle social: parâmetros à efetividade dos direitos sociais*, Revista de Direito Constitucional e Internacional - IBDC, volume 77, dez 2011.
- PALU, Oswaldo Luiz, *Controle dos atos de governo pela jurisdição*, São Paulo, Ed. RT, 2004.
- RAWLS, John, *Uma teoria de justiça*, Belo Horizonte, Editora Martins, 2008.

- REIS, Jane, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- SANCHÍS, Luis Pietro, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, em: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*. 1ª. ed., Madri, Editorial Trotta, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10 ed. rev. atual e ampla, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel, *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- _____, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, em: SARMENTO, Daniel (org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 2009.
- SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira, *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, em: SARMENTO, Daniel (coord.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009
- TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara, *Direitos sociais*, Brasília, Senado Federal, 1987.
- TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do, *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, Juruá, 2009.
- VIEIRA, José Ribas, Margarida Maria CAMARGO LACOMBE e Alexandre SILVA GARRIDO, *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*, em: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009.
- VITAL, Moreira, *Princípio da maioria e Princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, em: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

Francisco Franco Soto* (República Dominicana)

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana: siete años de una nueva justicia constitucional (2011-2018)

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto analizar el papel que desde su creación viene desempeñando el Tribunal Constitucional dominicano en la transformación del ordenamiento y la cultura constitucional dominicana mediante su doctrina relativa a los procesos constitucionales. Se analizan, en consecuencia, una gran cantidad de decisiones de esta corporación constitucional, en las cuales se ha ocupado de desarrollar, definir, concretar, explicar y delimitar los procesos y procedimientos constitucionales.

Palabras clave: derecho constitucional dominicano, derecho procesal constitucional, procedimientos constitucionales.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Analyse der Rolle, die das dominikanische Verfassungsgericht seit seiner Gründung mit Hilfe seiner verfassungsprozessrechtlichen Doktrin bei der Umgestaltung der dominikanischen Verfassungsordnung und -kultur gespielt hat. Aus dieser Perspektive erfolgt die Analyse zahlreicher Entscheidungen dieses Verfassungsorgans, in denen das Gericht sich mit der Entwicklung, Definition, Konkretisierung, Erklärung und Abgrenzung der Verfassungsprozesse und der verfassungsrechtlichen Verfahren befasst.

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), magíster en Derecho de la Administración del Estado de la Universidad de Salamanca (USAL) y candidato a magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo y Tributario de la Universidad Pedro Henríquez Ureña (UNPHU) y letrado de carrera del Tribunal Constitucional Dominicano. En la actualidad se desempeña como coordinador de letrados del despacho de la magistrada Alba Beard Marcos. fcfrancord@gmail.com

Schlagwörter: Dominikanisches Verfassungsrecht, Verfassungsprozessrecht, verfassungsrechtliche Verfahren.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the role that the Dominican Constitutional Court has played since its creation in the transformation of Dominican law and constitutional culture through its doctrine concerning constitutional processes. Consequently, the study analyzes a large number of Constitutional Court decisions that have developed, defined, specified, explained and delimited constitutional processes and procedures.

Key words: Dominican constitutional law, constitutional procedural law, constitutional procedures.

Introducción

El modelo de justicia constitucional dominicano nace marcado por la influencia del *judicial review* norteamericano, pues desde nuestra primera constitución se reconoció el carácter supremo de la Constitución al establecerse: “Ningún Tribunal podrá aplicar una ley-inconstitucional”,¹ disposición que, con ciertos matices, ha permanecido intacta a lo largo de la historia constitucional dominicana. Más adelante, y durante un breve intervalo (1924-1927), es instaurado por primera vez, mediante el artículo 61.5 de la Constitución Dominicana (CD) del 13 de junio de 1924, el control concentrado de constitucionalidad en manos de la Suprema Corte de Justicia, a la que le fue conferida la atribución de “decidir en primera y última instancia sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones y reglamentos, cuando fueren objeto de controversia entre partes ante cualquier Tribunal”.²

Al regular la forma del ejercicio de esta facultad, a este artículo se añadía que impugnada la norma, el juez apoderado “deberá sobreseer su decisión sobre el fondo hasta después del fallo de la Suprema Corte”, y se preveía, asimismo, la posibilidad de que dicha impugnación fuese ajena a un proceso jurisdiccional; en tal sentido, se agregaba que también podrá hacerse la impugnación “en interés general, sin que sea necesario que haya controversia judicial, cuando se trate de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos atentatorios a los derechos individuales consagrados por la presente Constitución”.

Ya en tiempos más recientes, y un poco rezagado respecto a lo que venía sucediendo en Europa, e incluso en la propia Latinoamérica,³ la justicia y el derecho

¹ Constitución Dominicana, 6 de noviembre de 1844, artículo 125.

² Constitución Dominicana, 13 de junio de 1924, artículo 61.5.

³ Son conocidos en Latinoamérica varios ensayos de instauración pretoriana de procesos y jurisdicciones constitucionales. A modo de ejemplo, podemos mencionar los casos de Guatemala (1965), Ecuador (1945, 1967), Colombia (1850, 1910), Cuba (1940), Chile (1971) y

constitucional en la República Dominicana empiezan a ser objeto de un abordaje más acabado y minucioso, acorde con la importancia de la materia, y se implementa definitivamente, mediante modificación constitucional del año 1994, el control concentrado de constitucionalidad. Posteriormente, dicta la Suprema Corte de Justicia la trascendental Sentencia 9 del 24 de febrero de 1999, mediante la cual se instauró el recurso de amparo en la República Dominicana, derivado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.⁴

La evolución de este proceso devino en la creación del Tribunal Constitucional (TC) dominicano y en el establecimiento y la regulación de un vasto catálogo de procesos constitucionales; la caracterización de dichos procesos por parte de este Tribunal es justamente el objeto central del presente trabajo.

1. Atribuciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional

Con la proclamación en el año 2010 de una nueva carta magna se instaura en República Dominicana un Tribunal Constitucional. Creado, según lo dispuesto en el artículo 184 del texto constitucional, para “garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales”; *In fine*, este artículo añade que “sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado. Gozará de Autonomía administrativa y presupuestaria”.

En palabras del doctor Milton Ray Guevara, presidente del TC desde 2011, el mismo es “un órgano constitucional autónomo e independiente, situado en el vértice de la organización política del Estado, en posición de paridad con el resto de los poderes y órganos primarios establecidos en la Constitución”, encargado de una innegable misión sociojurídica, pues “cumple una auténtica función de *indirizzo*

Venezuela (1893, 1897). Al respecto, véase Domingo García, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004.

⁴ Como fundamento para la instauración del denominado recurso de amparo, nuestro máximo tribunal del orden judicial efectuó un análisis armónico del texto sustantivo vigente en el momento. En primer lugar, en lo relativo a la recepción del derecho internacional en la República Dominicana, pues el párrafo único del artículo 3 de la Constitución Dominicana de 1994 establecía que nuestro país “reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”; y, en segundo lugar, respecto a las disposiciones constitucionales relativas a las garantías procesales y el debido proceso, contenidas en el artículo 8, literal j, de la ley de leyes vigente en el momento. Así las cosas, la Suprema Corte observó y estableció, como eje central de su fallo, lo siguiente: a) que al tenor del artículo 25.1 del Pacto de San José existía en nuestro ordenamiento una ausencia de un marco legal que regulara la previsión de este artículo, de la existencia de un recurso sencillo y rápido ante jueces competentes que le ampare ante la violación de sus derechos fundamentales, y b) que resultaba imprescindible la adopción de reglas mínimas para la instrucción y el conocimiento de este mecanismo de salvaguarda de los derechos fundamentales, por lo cual desarrolló en tal sentido las reglas procesales y competenciales del asunto.

político para resguardar (dimensión negativa) e impulsar (dimensión positiva) las bases institucionales del Estado Social y Democrático de Derecho que prefigura la Constitución”⁵.

Es evidente que el constituyente derivado, al erigir este órgano de revisión de constitucionalidad, asumió las concepciones kelsenianas relativas a la justicia constitucional, pues fue Hans Kelsen el ideólogo⁶ y principal precursor de la necesidad de encomendar a un órgano *independiente* “de cualquier otra autoridad estatal [...] la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o Tribunal Constitucional”, el cual, con su existencia, atribuciones y accionar, “indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros”⁷.

La Constitución Dominicana, al definir las atribuciones de esta corporación constitucional, le confiere la facultad para conocer, como máximo garante de la constitucionalidad: 1) de las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del presidente, de una tercera parte de los miembros del Senado o la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;⁸ 2) del control preventivo de los tratados

⁵ Milton Ray, “Ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional”, Conferencia con ocasión del XXII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Distrito Federal, México, 17 de junio de 2016.

⁶ Refiere Édgar Carpio que estudios relativamente recientes han puesto en evidencia cierta exageración en la paternidad autoatribuida por el autor de la *Reine Rechtslehre*, quien en sus investigaciones ha revelado que las concepciones de Kelsen cuentan al menos con dos importantes antecedentes: “La propuesta de Sieyès sobre la necesidad de incluir un Jury o Jurie constitutionnaire en la Constitución francesa de 1795; y la formulada por George Jellinek, poco menos de cien años después (en 1885), acerca de la necesidad de crear un Tribunal Constitucional en el Imperio Austro-Húngaro” (Édgar Carpio, “Sieyès, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales”, en Domingo García y Luis Cervantes (eds.), *Hans Kelsen. Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017).

⁷ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, IJ-Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 45-46.

⁸ En el tránsito entre corrección y publicación de este trabajo fue dictada en fecha 16 de septiembre de 2019 la Sentencia TC/0345/19. Esta decisión representa un giro jurisprudencial de notoria trascendencia, pues a partir de la misma “tanto la legitimación procesal activa o calidad de cualquier persona que interponga una acción directa de inconstitucionalidad, como su interés jurídico y legítimamente protegido, se presumirán en consonancia con lo previsto en los artículos 2, 6, 7 y 185.1 de la Constitución dominicana. Esta presunción, para el caso de las personas físicas, estará sujeta a que el Tribunal identifique que la persona goza de sus derechos de ciudadanía. En cambio, cuando se trate de personas jurídicas, dicha presunción será válida siempre y cuando el Tribunal pueda verificar que se encuentran constituidas y registradas de conformidad con la ley”.

Es decir, que en virtud de este fallo, y en función de “la meridiana imprecisión y vaguedad que se desprende del requisito de comprobación de la legitimación procesal activa o calidad de cualquier persona”, en atención de los principios de accesibilidad, constitucionalidad, efectividad e informalidad de los procesos constitucionales, y sustentado en las cláusulas de soberanía popular y Estado social y democrático de derecho, esta corporación constitucional

internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; 3) de los conflictos de competencia interorgánicos, a instancia de uno de sus titulares; y 4) de cualquier otra materia que disponga la ley.⁹

En función de nuestra norma *normarum*, este tribunal está integrado por 13 miembros y la aprobación de sus decisiones requiere la sanción favorable de una mayoría calificada de nueve o más de sus integrantes. El texto sustantivo consagra asimismo el derecho a la motivación de los votos disidentes¹⁰ y dicta, para la regulación y desarrollo de sus competencias y atribuciones, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCCPC), núm. 137-11, la cual complementa lo establecido por las disposiciones constitucionales indicadas. Esta norma no solo desarrolla las competencias del TC y las reglas procedimentales referentes al mismo, sino que regula los procedimientos constitucionales de forma integral y en sentido general, incluyendo los que competen a los tribunales del orden jurisdiccional ordinario.

2. Generalidades de los procedimientos constitucionales en la República Dominicana

2.1. Acción directa de inconstitucionalidad

Como señalamos anteriormente, al TC se le ha encomendado verificar la regularidad de la norma frente a la carta magna mediante la acción directa de inconstitucionalidad, mecanismo de control de conformidad de la norma con la Constitución que solo puede ser interpuesto contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, y contra todo acto administrativo de alcance general y carácter normativo¹¹ que infrinjan, por acción u omisión, alguna disposición constitucional. Aunque, como expondremos, en casos extraordinarios y reunida una serie de parámetros jurisprudencialmente establecidos –y sobre la base de los principios de *oficiosidad*¹²

ha establecido que todo ciudadano, y toda persona jurídica debidamente constituida se considera investida del interés legítimo y jurídicamente protegido para interponer una acción directa en inconstitucionalidad.

⁹ Véase Constitución Dominicana de 2010 modificada en el año 2015, artículo 185.

¹⁰ *Ibid.*, artículo 186.

¹¹ El TC ha sido reiterativo en sostener, desde los primeros momentos de su instauración, que solo son atacables por vía de la inconstitucionalidad aquellos “actos estatales de carácter normativo y alcance general” y que no pueden incoarse procesos contra “un simple acto administrativo de efectos particulares y concretos” (Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0051 de 2012, TC/0073 de 2012, TC/0041 de 2013).

¹² La LOTCCPC, al consagrar este principio en su artículo 7, numeral 11, dispone que “todo juez o tribunal, como garante de la tutela judicial efectiva, debe adoptar de oficio, las medidas requeridas para garantizar la supremacía constitucional y el pleno goce de los derechos fundamentales, aunque no hayan sido invocadas por las partes o las hayan utilizado erróneamente”.

y de la figura jurídica propia del *common law* denominada *distinguishing*-,¹³ nuestro Tribunal Constitucional ha admitido contados casos de acciones directas contra actos administrativos de alcance particular.

En este mismo sentido, y haciendo acopio de la más avanzada y autorizada doctrina del derecho administrativo y constitucional comparado sobre los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, el TC ha establecido que aquellos que

... aun no ostenten un alcance general o normativo, pueden ser impugnados mediante la acción directa en inconstitucionalidad al tratarse de actuaciones que la Ley Sustantiva ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional, [dado que] el tribunal debe verificar el cumplimiento íntegro y cabal del mandato constitucional.¹⁴

Entre los elementos que caracterizan la acción directa de inconstitucionalidad en la República Dominicana podemos enumerar, por ejemplo: 1) que la denegación de la acción solo surte efecto entre las partes y no produce cosa juzgada absoluta;¹⁵ 2) la atribución jurisprudencial de anulación de disposiciones conexas y los actos de aplicación de la norma cuestionados; 3) la facultad de dictar sentencias interpretativas, aditivas y exhortativas; y, finalmente, 4) la potestad otorgada

El iuspublicista dominicano Eduardo Jorge Prats, al analizar el alcance jurídico de dicho principio, sostiene que “la oficiosidad obliga al juez constitucional a impulsar de oficio los procesos constitucionales de modo que este avance automáticamente sin necesidad de intervención de las partes o ante una intervención defectuosa de las mismas” (Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Ius Novum, 2013, p. 490).

¹³ Véanse, del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, las sentencias TC/0127 de 2013, TC/0188 de 2014.

¹⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0041 de 2013.

¹⁵ Al abordar y desarrollar este particular, el Tribunal Constitucional de República Dominicana sostuvo lo siguiente, en su decisión TC/0281 de 2016: “9.4. Una interpretación combinada del referido texto, haciendo acopio del método gramatical, así como del método comparativo, nos lleva a la conclusión de que dicho artículo de la ley instituye el concepto de ‘cosa juzgada relativa’, en oposición a la ‘cosa juzgada constitucional o absoluta’ [...]. La cosa juzgada relativa es aquella condición mediante la cual el asunto resuelto en inconstitucionalidad solo surte efecto entre las mismas partes, cuando se trate de una acción idéntica en cuanto a su objeto y causa. // 9.5. En la especie, se configura un caso de cosa juzgada relativa, pues si bien el asunto juzgado mediante la prealudida Sentencia TC/0023/13 no surtiría efectos *erga omnes* (frente a todos) por tratarse de una sentencia que deniega la acción directa de inconstitucionalidad, sí surte efecto entre las mismas partes que accionaron, bajo el mismo objeto y causa que se plantean en la presente acción directa, lo que caracteriza, conforme se establece de la interpretación gramatical y comparativa del artículo 44 de la Ley núm. 137-11, la cosa juzgada relativa”.

al TC de graduar la retroactividad sobre la inconstitucionalidad de una norma de forma excepcional.¹⁶

2.2. Control preventivo de los tratados internacionales

Otra de las materias constitucionalmente encomendadas al TCD es la del control preventivo de los tratados internacionales, procedimiento jurídico-institucional que constituye una garantía de constitucionalidad de los compromisos internacionales adoptados por nuestro país, que prevé el envío por parte del Poder Ejecutivo al Tribunal Constitucional de los tratados rubricados por este, antes de ser sancionados por el Congreso Nacional, para el análisis de su contenido. Sobre este particular ha establecido nuestro Tribunal Constitucional que el control preventivo de la constitucionalidad de convenios y tratados internacionales “persigue evitar distorsiones del ordenamiento constitucional con los tratados internacionales” y, de este modo, evitar “que el Estado no se haga compromisorio de obligaciones y deberes en el ámbito internacional que sean contrarios a la Constitución”.¹⁷

2.3. Conflictos de competencias entre los poderes públicos

Por su parte, el conflicto de competencia constituye un mecanismo de control de competencia de los órganos, poderes y entes públicos del Estado dominicano a propósito del cual el Tribunal Constitucional debe dilucidar y delimitar si el accionar de un determinado ente público se está efectuando correctamente sin invadir o trasgredir el espacio de actuación del que invoca el conflicto de competencia. El conflicto de competencia compone un procedimiento constitucional de empoderamiento directo del Tribunal Constitucional, instituido y consagrado por la carta magna en su artículo 185. Como atribución de nuestro máximo juzgador constitucional, tal procedimiento se encuentra regulado y sistematizado por la LOTCPC y, como mecanismo de verificación de la constitucionalidad del ejercicio de una determinada competencia, solo puede ser planteado por el titular de poder, órgano o entidad en conflicto.

Mediante Sentencia TC/0061 de 2012, el TC desarrolló las características y requisitos exigidos para la configuración de un conflicto de competencias, que son: a) que haya controversia entre órganos constitucionales u otras personas de derecho público respecto de sus atribuciones; b) que las competencias en disputa tengan rango constitucional; c) que el conflicto se inicie a instancia del titular del órgano que expone el conflicto; d) que exista legitimidad jurídica del que interpone dicha instancia para actuar en justicia, criterio que, como expondremos, ha sido objeto de una ampliación y desarrollo jurisprudencial profundo.

¹⁶ Véase LOTCPC, artículos 38 y ss.

¹⁷ Al respecto, véase Prats, *op. cit.*, p. 537, quien refiere las sentencias del Tribunal Constitucional de la República Dominicana TC/0037 de 2012, TC/0099 de 2012, TC/0019 de 2013.

2.4. Recurso de revisión de decisiones de amparo

Mediante la Ley 137 de 2011, le fueron atribuidas a este órgano otras competencias y se le encomendó, en virtud de esta norma, la revisión de decisiones de amparo, que es el método de impugnación de estas, del denominado amparo en cumplimiento, así como del *habeas data* instaurado en el ordenamiento jurídico dominicano. Este recurso debe ser interpuesto en un plazo de 5 días a partir de la fecha de la notificación de la decisión, instancia en la que el Tribunal Constitucional puede tanto avocarse a conocer el fondo del amparo¹⁸ como reenviar el asunto ante el propio tribunal que dictó la decisión.¹⁹

Resulta imprescindible subrayar que en el ordenamiento jurídico dominicano fue instaurada, mediante esta LOTCPC, la previamente referida acción de amparo en cumplimiento. Esta particular especie de amparo fue creada como medio coercitivo para obtener, de manera forzosa, el cumplimiento de una determinada norma jurídica o acto administrativo por parte de la administración pública. El TC ha caracterizado esta categoría peculiar de amparo sosteniendo que con esta se persigue obtener “una decisión mediante la cual se ordene a un funcionario o autoridad pública renuente, el cumplimiento de una norma legal, la ejecución o firma

¹⁸ Sobre este particular, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana sostuvo en su Sentencia TC/0071 de 2013 que existe un vacío normativo que no determina cómo debe obrar cuando conozca y acoja un recurso de revisión de decisión de amparo. Explicó el Tribunal lo siguiente: “c) Se observa que, contrario a la normativa prevista para la revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales en su artículo 54.9, la Ley No. 137-11 no prevé las consecuencias derivadas del pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando acoge el recurso de revisión de sentencias de amparo. Cabe destacar, por tanto, la existencia de un vacío normativo en esa materia. [...] // j) Es preciso resaltar nuevamente que la situación antes descrita se originó por la inadecuada regulación de los procesos y procedimientos constitucionales a cargo del legislador dentro del marco del recurso de revisión de sentencias de amparo en la Ley No. 137-11. Se trata de una deficiencia que el Tribunal Constitucional ha subsanado asumiendo la teoría alemana de la ‘autonomía procesal’. [...] // m) El Tribunal Constitucional, en aplicación del principio de la autonomía procesal, el derecho a la acción de amparo y a la tutela judicial efectiva (arts. 72 y 69 de la Constitución), y los principios rectores del proceso constitucional antes descritos, debe conocer el fondo de la acción de amparo cuando revoque la sentencia recurrida”.

¹⁹ Respecto a esta casuística y delimitando los casos en que procede revocar la decisión recurrida y remitir el expediente al juez que la dictó, estableció el Tribunal Constitucional, en su Sentencia TC/0655 de 2017: “p. De modo que, si bien es cierto que en la Ley núm. 137-11 no se prevé para el recurso de revisión constitucional de sentencias de amparo –como sucede en el recurso de revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales (art. 54)– la posibilidad de devolver el caso ante el juez que incurrió en la violación de principios o derechos fundamentales al momento de decidir el caso, para que en apego estricto a las normas constitucionales indicadas proceda a conocer nueva vez del caso, no menos cierto es que conforme a los principios de autonomía procesal y efectividad es posible devolver –como al efecto ya se ha hecho–, en materia de amparo, el conocimiento del caso al juez *a-quo* para que obtempere al agotamiento de los rigores procesales que ha omitido”.

de un acto administrativo, dictar una resolución o un reglamento”.²⁰ Igualmente, mediante la LOTCPC se adoptó el amparo colectivo para la defensa y protección jurisdiccional de derechos colectivos y del medio ambiente frente a un daño grave actual o inminente, para hacer cesar alguna turbación ilícita e indebida e incluso para exigir la reposición de las cosas en el estado anterior previo al daño o provocar una reparación pertinente.

2.5. Recurso de revisión de decisión jurisdiccional y demanda en suspensión de sentencia

Según ha sido regulado por la LOTCPC, corresponde igualmente al TCD revisar las decisiones jurisdiccionales en ultima *ratio*, luego de que hayan adquirido la autoridad de cosa irrevocablemente juzgada en el marco exclusivo de los siguientes supuestos: 1) cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento resolución u ordenanza; 2) cuando la decisión implique la violación de un precedente del Tribunal Constitucional; 3) cuando se verifique la violación de un derecho fundamental y cuando dicha violación se invoque desde el momento en que se haya tomado conocimiento de la misma, se hayan agotado todos los recursos jurisdiccionales disponibles y la violación a dicho derecho sea imputable a la actuación jurisdiccional, sujeta esta última causal al criterio de la especial trascendencia o relevancia constitucional.

Este recurso debe ser interpuesto en un plazo no mayor de 30 días luego de la notificación de la sentencia a recurrir, mediante un escrito presentado en la secretaría del tribunal que dicta la decisión, y la sentencia que obre sobre el mismo, en caso de ser favorable al recurrente, anulará el fallo recurrido y devolverá el expediente al tribunal que la dictó, el cual deberá conocer nuevamente el caso “con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación del derecho fundamental violado o la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa” (LOTCP, arts. 53 y 54).

La interposición de este recurso no implica la suspensión de ejecución de la decisión impugnada, pero el Tribunal Constitucional podrá, previo pedimento y motivación de la parte recurrente, ordenar la suspensión de la ejecución objeto del recurso de revisión de decisión jurisdiccional,²¹ facultad que jurisprudencialmente, y en casos extraordinarios, ha sido extendida a decisiones de amparo.²²

²⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0205 de 2014, TC/0050 de 2017, TC/0380 de 2018.

²¹ Al respecto, dispone el artículo 54, numeral 8: “El recurso no tiene efecto suspensivo, salvo que, a petición, debidamente motivada, de parte interesada, el Tribunal Constitucional disponga expresamente lo contrario”.

²² El Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en la Sentencia TC/0179 de 2014, sostiene que “la jurisprudencia constitucional del Tribunal ha identificado, en materia de suspensión de ejecución de sentencias de amparo, casos –no limitativos– en los que se

3. Caracterización de las sentencias del TC

3.1. Carácter pedagógico de las decisiones

Según Peter Häberle, “la Constitución no es solo un ordenamiento jurídico para los juristas (y los políticos), sino que, en lo esencial, es también una ‘guía’ para los no juristas, los ciudadanos”, aspecto sobre el cual dicha corporación constitucional ha hecho especial énfasis, desarrollando a veces implícitamente y otras explícitamente la relación existente e ineludible entre la carta magna y formación ciudadana, ocupándose de otorgar a la carta política un papel fundamental para la cultura cívica y política de la sociedad e intentando dar al contenido de sus decisiones un carácter pedagógico.

Sostiene el TC que “los tribunales constitucionales, dentro de la nueva filosofía del Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo se circunscriben a garantizar la supremacía constitucional o la protección efectiva de los derechos fundamentales” y subraya que a estos también les corresponde “una misión de pedagogía constitucional al definir conceptos jurídicos indeterminados, resolver lagunas o aclarar disposiciones ambiguas u oscuras dentro del ámbito de lo constitucional”.²³

3.2. Carácter normativo y fuerza vinculante de las decisiones

El valor normativo y la fuerza vinculante de las sentencias de los tribunales constitucionales han sido objeto de numerosos estudios y análisis y sobre ellos existe abundante jurisprudencia comparada; incluso el propio Hans Kelsen dedicó no pocas líneas al asunto.²⁴ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha sido concluyente al afirmar que “las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse”, lo cual trae como consecuencia que “cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia –como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa–, sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez

caracteriza algunas circunstancias excepcionales que justificarían la referida suspensión. Estos casos, hasta el momento, entre otros, son los siguientes: 1. Cuando se trate de la preservación del cuerpo del delito en un proceso penal pendiente de fallo definitivo (Sentencia TC/0089/13 del 4 de junio de 2013). 2. Cuando se trate de la preservación de la seguridad jurídica y el orden institucional de agrupaciones políticas, en los casos de sentencias rendidas por tribunales incompetentes o con irregularidades manifiestas (Sentencia TC/0231/13 del 29 de noviembre de 2013). 3. Cuando se trate de inmuebles incautados durante un proceso de investigación penal en curso, por tráfico ilícito de drogas (Sentencia TC/0008/14 del 14 de enero de 2014)”.

²³ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0041 de 2013, TC/0259 de 2013.

²⁴ Véase Kelsen, *op. cit.*, pp. 84-85.

de constitucionalidad”²⁵ y agrega, en una posterior decisión, que “las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional”²⁶

Sobre este particular, y en el mismo sentido de lo afirmado por el juzgador constitucional colombiano, el TC, en reiteración del texto sustantivo, al efecto ha afirmado que “las decisiones del Tribunal Constitucional son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes”, agregándoles a estas sentencias una proyección regulatoria, al afirmar que “las decisiones de este Tribunal [...] se traducen en verdaderas normas jurídicas que hacen parte del derecho positivo en nuestro ordenamiento jurídico y fuente directa del derecho con carácter vinculante”²⁷

Más recientemente ha desarrollado el TC que “cuando los poderes públicos o los particulares se apartan de los precedentes dictados por este colegiado [...] no solo se violenta lo que dispone el legislador, sino también el Estado social y democrático de derecho, contenido en el artículo 7 de la Constitución”; de este texto se puede derivar la fuerza vinculante jurisdiccional con que –en términos de aplicación del derecho y en función del *stare decisis*– se encuentran revestidas las decisiones de este órgano, tanto para el propio tribunal como para juzgadores de inferior jerarquía, en el sentido de que “en los sistemas constitucionales como el nuestro, el precedente se constituye en obligatorio por la fuerza vinculante que supone su doctrina tanto en forma horizontal como vertical, caracterizándose así la esencia de esta institución”²⁸

Sobre todo lo anterior ha concluido sumariamente el TC que cuando, en función de sus atribuciones, haga un envío de un asunto a un tribunal para que conozca de nuevo el caso, este último tendrá “el compromiso de fallar conforme a las interpretaciones que han sido dadas por el Tribunal Constitucional en relación con el derecho o garantías fundamentales que se indican en la decisión”²⁹ pues “sus decisiones no solo son vinculantes por el mandato constitucional que así lo expresa, sino que también por la función que realiza como órgano de cierre del sistema de justicia constitucional”³⁰

3.3. Intangibilidad de las sentencias

La intangibilidad de las sentencias constituye un principio del derecho procesal en sentido general y, en el caso particular del derecho procesal constitucional, el cual,

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; cfr. sentencias T-715 de 1997, SU-354 de 2017.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; cfr. Sentencia SU-354 de 2017, cit.

²⁷ Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencias TC/0093 de 2013, TC/0319 de 2015.

²⁸ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0150 de 2017.

²⁹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0271 de 2018.

³⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0360 de 2017.

sustentado en la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, busca revestir la cosa juzgada de un carácter de invariabilidad. Como ya señalamos, el TC ha interpretado que sus sentencias se encuentran revestidas de un carácter normativo y de fuerza vinculante, características que se derivan de los textos sustantivos y adjetivos que taxativamente prevén que sus sentencias son “definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes”.

El Tribunal Constitucional, con base en las disposiciones arriba indicadas y en función de sus auto precedentes, ha hecho una hermenéutica cerrada del principio de intangibilidad.³¹ Esta interpretación resulta contraria a lo que vienen efectuando varios intérpretes constitucionales en el derecho comparado, los cuales, con base en los derechos fundamentales y la debida ponderación de los mismos, han llegado a la conclusión de que en ciertos casos y bajo ciertos supuestos puntuales procede la aclaración, rectificación e incluso la autoanulación de decisiones firmes por parte de un determinado tribunal constitucional.

El principio de intangibilidad de las sentencias reposa en el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, pero esto no significa que su alcance sea absoluto e infalible, como no lo es ninguna obra humana, lo cual incluye las sentencias, respecto a las cuales se admite que en ciertos casos el juez pueda aclarar, corregir o ampliar sus sentencias o que incluso pueda anularlas o invalidarlas. Sobre este punto ha sostenido el iuspublicista venezolano Allan Brewer-Carías que

... lo que en definitiva se plantea es la toma de una decisión ponderando entre dos derechos y garantías constitucionales: por una parte, la garantía de la cosa juzgada y la intangibilidad de las sentencias del Juez Constitucional en aras de la seguridad jurídica; y por la otra, la garantía del debido proceso en aras de asegurar la tutela judicial efectiva.³²

Y agrega que, en tal situación,

... el Juez Constitucional debe resolver en cada caso ponderando la prevalencia de una u otra garantía, por supuesto, debe resolverla el Juez Constitucional como lo ha expresado Eloy Espinosa-Saldaña, actual Magistrado

³¹ Sostuvo el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, en Sentencia TC/0690 de 2017, reiterando criterios previos, lo siguiente: “f. En lo relativo a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional revise sus propias decisiones sin que se trate de una revisión por error material, este tribunal ha fijado precedentes en donde declara inexistentes jurídicamente los recursos interpuestos contra las sentencias dictadas, en virtud de que no está configurado entre los procedimientos constitucionales que el artículo 184 de la Constitución atribuye a este tribunal, ni en las facultades que le confiere su Ley Orgánica [Sentencia TC/0521/16, del siete (7) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), y Sentencia TC/0722/16, del veintisiete (27) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)]”.

³² Allan R. Brewer, “Sobre la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales y sus excepciones: algunas excepciones contrastantes: Colombia, Perú, Venezuela”, blog.

del Tribunal Constitucional del Perú, teniendo en mente el principio de que “repugna al Estado Constitucional y al constitucionalismo que pueda quedar indemne, y en condición de incuestionable, cualquier pronunciamiento jurisdiccional que sea írrito, arbitrario, fraudulento o carente de motivación”.³³

Respecto a este tema, en la República Dominicana existe un vacío jurídico-normativo que, más que garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, puede convertirse en un blindaje para que ocasionalmente algunos usuarios de la justicia puedan beneficiarse de errores u omisiones que contenga una determinada resolución o decisión dictada, lo cual justamente constituirá una violación de la tutela judicial efectiva. En Colombia, por ejemplo, la norma procesal constitucional prevé supuestos en los que el Pleno de la Corte Constitucional puede anular un fallo previo de una de sus salas y establece que ello procede en los supuestos siguientes:

(i) Cuando una Sala de Revisión se aparta del criterio de interpretación o la posición jurisprudencial fijada por la Sala Plena frente a una misma situación jurídica [...]. (ii) Cuando las decisiones no sean tomadas por las mayorías legalmente establecidas [...]. (iii) Cuando se presente una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive del fallo, la cual genere incertidumbre respecto del alcance de proferida [...] [respecto de] decisiones anfibológicas o ininteligibles, las contradictorias o las que carecen totalmente de fundamentación en la parte motiva. [...]. (iv) Cuando en la parte resolutive de la sentencia se profieran órdenes a particulares que no fueron vinculados al proceso y que no tuvieron la oportunidad procesal para intervenir en su defensa, y (v) cuando la Sala de Revisión desconoce la existencia de la cosa juzgada constitucional respecto de cierto asunto.³⁴

Un desarrollo jurisprudencial ha admitido incluso la posibilidad del pleno de anular ya no las sentencias de las salas, sino las propias sentencias del pleno de la Corte.

Expone Brewer-Carías que desde el año 2014 la Corte Constitucional de Colombia viene sosteniendo que “las decisiones judiciales, al ser una clara manifestación del poder de administrar justicia y en mayor grado de la actividad del Estado, deben contar con mecanismos judiciales del control, en aquellos casos excepcionales en que se contradigan los postulados propios del derecho al debido proceso”, por lo cual la declaratoria de nulidad de sentencia constituye una medida especialísima que solo se justifica ante “situaciones jurídicas especialísimas y excepcionales [...] cuando los fundamentos expuestos por quien la alega muestran, de manera indudable y cierta,

³³ *Idem.*

³⁴ La Corte Constitucional de Colombia, en el Auto 209 de 2009, cita los autos A-031 de 2002, A-162 de 2003 y A-063 de 2004. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

que las reglas procesales aplicables a los procesos constitucionales [...] han sido quebrantadas, con notoria y flagrante vulneración del debido proceso”, no siendo suficiente que las situaciones jurídicas sean especiales y excepcionales, sino que se requiere que la trasgresión procesal evidenciada sea “significativa y trascendental, en cuanto a la decisión adoptada, es decir, debe tener unas repercusiones sustanciales, para que la petición de nulidad pueda prosperar”³⁵

Otro ejemplo del derecho constitucional comparado lo encontramos en el Tribunal Constitucional de Perú,³⁶ el cual ha entendido, al igual que la Corte Constitucional de Colombia, que el principio de intangibilidad de las sentencias no es infranqueable ni absoluto. Al respecto ha desarrollado esta alta corte, como causales de inexistencia o nulidad de la decisión previamente dictada por el tribunal constitucional de esta nación, los siguientes supuestos excepcionales:

(a) Cuando existan vicios graves de procedimiento, en relación con: el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida (a.1) y con vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa (a.2). (b) Cuando existan vicios o errores graves de motivación, los cuales, por ejemplo, pueden estar referidos a: vicios o errores graves de conocimiento probatorio (b.1); vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa o congruencia con el objeto de discusión (b.2); y errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, que trasgredan competencias constitucional o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc. (b.3).

(c) Cuando existan vicios sustantivos contra el orden jurídico constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo: resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente precedentes constitucionales (c.1); incuestionable doctrina jurisprudencial de este Tribunal (c.2); o cuando se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente (c.3).³⁷

Visto todo lo anterior, podemos concluir enfatizando que existe un vacío jurídico en la República Dominicana respecto al riesgo que, para el debido proceso y la tutela judicial efectiva, reviste la posibilidad de que una sentencia contentiva de un error de derecho se constituya en un título antijurídico, manteniendo su fuerza jurídica aun en tales circunstancias, ante lo cual bien podría el TC instaurar por la vía jurisprudencial algún método de revisión de decisiones definitivas e irrevocables, sujeto a la verificación de ciertos requisitos extraordinarios.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Auto A-045 de 2014.

³⁶ Al respecto, véase Tribunal Constitucional del Perú, Auto de 5 de abril de 2016, Exp. 019692011-PHC/TC.

³⁷ *Idem*. Cfr. Brewer, *op. cit.*, p. 14.

4. Decisiones relevantes del TC para regular procesos constitucionales

En su labor hermenéutica, y siendo el TC un tribunal joven, uno de los temas a los cuales ha dedicado una gran cantidad de sus decisiones ha sido a la regulación de los procesos y procedimientos constitucionales, dando vigencia y contenido jurídico a los principios de efectividad, celeridad, economía procesal, favorabilidad y oficiosidad, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos y la supremacía de la Constitución. Según la Ley 137 de 2011, la acción de amparo es la garantía procesal de los derechos fundamentales frente a toda amenaza actual o inminente de trasgresión, y su admisión a trámite y dilucidación está sujeta a: 1) que no existan otras vías o procedimientos judiciales que prevean la protección del derecho invocado; 2) que sea interpuesto dentro de los 60 días de producida o conocida la violación al derecho fundamental; y 3) que la misma no resulte notoriamente improcedente (Ley 137 de 2011, art. 70).

En este sentido, el TC ha venido caracterizando y definiendo la naturaleza de la acción de amparo según el ordenamiento jurídico dominicano, y sobre su admisibilidad sostiene que procede “siempre y cuando [...] no existan vías más efectivas que permitan restaurar el goce de los derechos fundamentales que han sido alegadamente vulnerados en el caso particular”,³⁸ por lo que “en el caso de que existiese un proceso o acción de menor o igual efectividad que el amparo, este último debe ser declarado admisible, teniendo el accionante un derecho de opción entre las dos vías”.³⁹ Y agrega, sobre la inadmisibilidad, que esta “debe ser la excepción, siendo la admisibilidad la regla”,⁴⁰ con lo cual individualiza la aplicación de este criterio a cada caso particular y a la rama del derecho de la que se trate.

Respecto al requisito legal de interposición de la acción dentro del plazo de 60 días, francos y calendarios⁴¹ luego de verificada la conculcación del derecho fundamental, ha sostenido nuestra Corte Constitucional que el mismo se puede ver interrumpido cuando “el accionante haya reclamado o producido alguna comunicación que evidenciara alguna diligencia orientada a reclamar la solución de la situación que se generó en su perjuicio, que la misma produjera la interrupción de cualquier tipo de prescripción”.⁴² En esta misma dirección, nuestro máximo intérprete de la carta magna ha asumido la teoría de las violaciones continuas y

³⁸ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0197 de 2013.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0197 de 2013, TC/0634 de 2016, TC/0041 de 2018, entre otras.

⁴¹ Aunque no ha sido taxativamente establecido por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana el método para efectuar dicho cálculo, de sus decisiones se desprende que el referido plazo es franco y calendario, como se evidencia por ejemplo en su Sentencia TC/0006 de 2017.

⁴² Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0036 de 2016.

violaciones de efectos únicos e inmediatos de derechos fundamentales como criterio para iniciar el cómputo del plazo para la admisibilidad de las acciones de amparo.

Sobre las violaciones continuas ha sostenido el TC que son “aquellas que se renuevan bien sea por el tiempo que transcurra sin que la misma sea subsanada o bien por las actuaciones sucesivas [...] que reiteran la violación”.⁴³ Y posteriormente agregó que también son violaciones continuas los casos en “que la vulneración jurídica cometida continúa ininterrumpidamente” y que, frente a ellas, “el afectado realiza actos sucesivos tendentes a que la situación que ha provocado la alegada violación sea subsanada”.⁴⁴ Además, ha definido las violaciones de efectos únicos e inmediatos como aquellas que se materializan mediante “una actuación que propende a tener una consecuencia única e inmediata que no se renueva en el tiempo”⁴⁵ y ha precisado que ellas “tienen su punto de partida desde que se inicia el acto y [por tanto], a partir del mismo, se puede establecer la violación”.⁴⁶

Finalmente, respecto al último criterio de inadmisibilidad de la acción de amparo –esto es, que la misma sea notoriamente improcedente–, la amplitud y ambigüedad conceptual de este enunciado ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a configurarlo de distintas maneras, según las particularidades de cada proceso, lo cual colinda muchas veces con el criterio de inadmisibilidad por la existencia de otra vía. Al respecto, ha establecido que una determinada acción resulta notoriamente improcedente cuando “no se verifica vulneración de derecho fundamental alguno”;⁴⁷ el “accionante no indica el derecho fundamental alegadamente violado”;⁴⁸ y “la acción de amparo se interpone con la finalidad de proteger derechos subjetivos –cuya protección se garantiza adecuadamente mediante los procesos comunes por tratarse de un asunto de legalidad ordinaria–”;⁴⁹ lo cual en gran medida coincide con una decisión previa donde se desestimó la acción, “por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, competencia de los jueces ordinarios”.⁵⁰

Otro aspecto de carácter procedimental al cual el TC ha dedicado especial atención ha sido el de la notificación de las acciones, decisiones y recursos propios de la justicia constitucional. En tal sentido, respecto a la notificación al Estado en materia de amparo, sostuvo que “un acto relacionado con procesos y procedimientos

⁴³ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0095 de 2012.

⁴⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0205 de 2013, TC/0167 de 2014, TC/0033 de 2016, TC/0565 de 2016.

⁴⁵ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0364 de 2015, TC/0203 de 2016, TC/0512 de 2017, TC/0361 de 2018, entre otras.

⁴⁶ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0184 de 2015, TC/0039 de 2016, TC/0040 de 2016, TC/0104 de 2016, TC/0114 de 2016, TC/0085 de 2018, entre otras.

⁴⁷ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0210 de 2013.

⁴⁸ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0086 de 2013.

⁴⁹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0031 de 2014.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0017 de 2013.

constitucionales debe tenerse como válido y eficaz cuando el mismo haya sido notificado en las oficinas de la autoridad o funcionario de que se trate”, criterio que se extiende incluso a que tal notificación se efectúe ante una representación local, su representante legal o la propia persona del funcionario; el TC entiende que esta interpretación “encuentra fundamento en el principio de informalidad que figura entre las directrices rectoras del sistema de justicia constitucional instituido por el artículo 7 de la referida Ley No. 137-11”.⁵¹

Sobre la ausencia de notificación de la decisión recurrida a la parte que interpone un determinado recurso, ha desarrollado el Tribunal que cuando “no existe constancia de que a la parte recurrente le haya sido notificada la sentencia emitida por el juez *a quo* [...] el plazo legal dispuesto en el referido artículo 95 de la Ley núm. 137-11, debe considerarse que aún sigue abierto”.⁵² Mientras que en lo relativo a la ausencia de notificación del recurso interpuesto a una de las partes recurridas involucradas en el proceso sostiene que “cuando en el expediente no obre constancia de la notificación del recurso a las demás partes del proceso y la decisión que dictare el Tribunal no alcanza a afectar los derechos e intereses de las partes ausentes, tal irregularidad carece de importancia”.⁵³

Respecto a la regulación del proceso de revisión de decisión jurisdiccional, el TC igualmente ha dictado decisiones trascendentes de configuración del mismo. En este sentido, en su Sentencia TC/0038 de 2012, interpretó la disposición de la Ley 137-11 que prevé –tal como en España respecto a los recursos de amparo⁵⁴– el dictado de dos decisiones en el proceso de revisión de decisión jurisdiccional.

⁵¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0071 de 2013.

⁵² Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0623 de 2015, TC/0621 de 2016, TC/0468 de 2017, TC/0835 de 2017.

⁵³ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0006 del 21 de marzo de 2012, TC/0542 de 2018.

⁵⁴ Dispone el artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España que: “1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. // 2. Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución. // 3. Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna. // 4. Cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno”.

En la supraindicada decisión, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, el TC establece que “si en la especie puede solucionarse la admisibilidad y el fondo del recurso mediante una sola decisión, sin lesionar los intereses de las partes, el Tribunal no debe dictar dos sentencias”, con lo cual se decanta por inaplicar de forma futura el requerimiento de dictar dos fallos distintos en el marco de este apoderamiento.

La admisibilidad de recursos de revisión de decisión jurisdiccional se encuentra sujeta a que sean interpuestos dentro del plazo de 30 días “francos y calendarios”,⁵⁵ luego de la notificación íntegra de la sentencia⁵⁶ o de la toma de conocimiento de la misma vía secretaría del tribunal por parte del recurrente,⁵⁷ sin que opere renovación del plazo por segunda notificación por una de las partes, luego de la toma de conocimiento de la misma, ni la ampliación del plazo en razón de la distancia previsto por el derecho común dominicano, pues, según nuestra Corte Constitucional, el plazo de 30 días resulta suficiente, amplio y garantista.⁵⁸

En esta misma dirección, la admisibilidad de la impugnación ante el TC de las decisiones jurisdiccionales y el recurso de revisión de decisión de amparo se encuentran supeditados a la valoración subjetiva de su especial trascendencia o relevancia constitucional⁵⁹ por parte de nuestro máximo intérprete constitucional. Al respecto, esta alta corte ha considerado que la misma es una noción abierta e indeterminada que define en la Sentencia TC/0007 de 22 de marzo de 2012, en el sentido de que la misma se configura, entre otros, en aquellos casos

... que contemplen conflictos sobre derechos fundamentales respecto a los cuales el Tribunal Constitucional no haya establecido criterios que permitan su esclarecimiento; 2) que propicien, por cambios sociales o normativos que incidan en el contenido de un derecho fundamental, modificaciones de principios anteriormente determinados; 3) que permitan al Tribunal Constitucional reorientar o redefinir interpretaciones jurisprudenciales de la ley u otras normas legales que vulneren derechos fundamentales; 4) que introduzcan respecto a estos últimos un problema jurídico de trascendencia social, política o económica cuya solución favorezca en el mantenimiento de la supremacía constitucional.

El TC también ha dictado importantes decisiones que regulan la acción directa de inconstitucionalidad, donde enfatiza en que la misma fue concebida para el control

⁵⁵ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0335 de 2014.

⁵⁶ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0296 de 2018.

⁵⁷ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0278 de 2018.

⁵⁸ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0359 de 2016.

⁵⁹ En lo relativo al recurso de revisión de decisión jurisdiccional, véase el párrafo único del artículo 53 de la Ley 137-11. Respecto al recurso de revisión de decisión de amparo, véase el artículo 100 de la propia norma.

de la regularidad de las leyes, reglamentos, resoluciones y actos administrativos de alcance general y carácter normativo y establece “la inadmisibilidad de la acción directa de inconstitucionalidad contra decisiones jurisdiccionales u otra actuación distinta a las comprendidas en los artículos 185.1 de la Constitución, y 36 de la Ley núm. 137-11”.⁶⁰ Agregó la Corte que es un requisito de admisibilidad “el señalamiento y justificación argumentativo de las normas constitucionales que resultan infringidas por el acto cuyo control abstracto o concentrado de constitucionalidad se reclama”,⁶¹ bajo los criterios de claridad, certeza, especificidad y pertinencia, y que, de igual forma, no corresponde impugnar por esta vía “simples alegaciones de ‘contrariedad al derecho’ que son cuestiones de mera legalidad”, pues “el control de la legalidad de los actos puede ser intentado a través de las vías que la justicia ordinaria o especial ha organizado para ello”.⁶²

Otros aspectos de carácter procesal en materia de acción directa de inconstitucionalidad abordados por el TC son los relativos al desistimiento, la falta de objeto respecto a la norma atacada y la intangibilidad de las sentencias de inconstitucionalidad dictadas antes de la instauración del Tribunal Constitucional. Respecto al primer aspecto, sostuvo el TC que, debido a las características propias de la acción directa de inconstitucionalidad, “nada impide al tribunal adoptar las medidas que dispone el artículo 7.11 de la indicada Ley 137-11, para que los procesos constitucionales avancen, sin que precise de la intervención de las partes, por lo cual el desistimiento de los accionantes en modo alguno afecta el normal desarrollo y conclusión del presente caso”.⁶³ Por su lado, sobre la falta de objeto por expulsión o desaparición de la norma del ordenamiento jurídico, “el tribunal ha establecido que tales casos serán declarados inadmisibles, puesto que, al no existir ya la norma cuestionada, queda sin objeto la acción directa de inconstitucionalidad”.⁶⁴

⁶⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias de 2012: TC/0052, TC/0053, TC/0055, TC/0066, TC/0067, TC/0068, TC/0074, TC/0075, TC/0076, TC/0077, TC/0078, TC/0086, TC/0087, TC/0089, TC/0102, TC/0103, TC/0104; de 2013: TC/0008, TC/0064, TC/0083, TC/0084, TC/0087, TC/0095; de 2014: TC/0067; de 2015: TC/0012, TC/0024, de 2016: TC/006; de 2018: TC/0057.

⁶¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0095 de 2012, TC/0150 de 2013; TC/0197 de 2014; TC/012 de 2014; TC/0359 de 2014.

⁶² Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0013 de 2012, TC/0051 de 2012; TC/0120 de 2014; entre otras.

⁶³ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0062 de 2012, TC/0190 de 2014; TC/0280 de 2014.

⁶⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0023 de 2012, TC/0024 de 2012, TC/0025 de 2013, TC/0033 de 2013, TC/0124 de 2013, TC/0126 de 2013, TC/0145 de 2015, entre otras.

En otro ámbito, y en lo que respecta a la prohibición constitucional⁶⁵ y legal⁶⁶ impuesta al Tribunal de abordar nuevamente aspectos de constitucionalidad ya conocidos por la Suprema Corte de Justicia en atribuciones de Corte Constitucional, ha sostenido este plenario que “el texto prohíbe la revisión de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia en cualquier materia, y en especial, a las relativas a las acciones en inconstitucionalidad”,⁶⁷ y ha argumentado: “El conocimiento de la acción en inconstitucionalidad que nos ocupa supone determinar si la ley objeto de la misma viola la Constitución, pudiendo entrar en contradicción de criterios, sobre un asunto que ya es cosa juzgada constitucional”.⁶⁸

Reflexiones finales

El ingreso de la República Dominicana al concierto de naciones con un sistema de justicia constitucional del tipo kelseniano, aunque tardío, ha significado, indudablemente, una nueva proyección de los derechos y principios constitucionales vigentes en la gran mayoría de las sociedades y Estados occidentales. Esta nueva proyección, cuyo contenido dogmático no fue el objeto central de este estudio, se confirma en este análisis desde la perspectiva propia del derecho procesal constitucional, que irrumpe en el ordenamiento jurídico dominicano como una rama autónoma, consecuencia de la inclusión en la Constitución dominicana del año 2010 de un nuevo sistema de derechos y garantías fundamentales, de la creación de un Tribunal Constitucional y de que era una disciplina inexistente hasta hace ocho años en el país.

Los procesos y procedimientos constitucionales constituyen la herramienta para lograr materializar los valores y fines positivizados en el texto constitucional, así como los derechos y principios constitucionales, y las sentencias constitucionales, con su fuerza vinculante y valor normativo, han introducido en la República Dominicana, con un carácter y alcance de norma constitucional con efectos *erga omnes*, una configuración autóctona y propia de los principios generales del derecho procesal constitucional.

⁶⁵ La Constitución dominicana en su artículo 277 dispone que “todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en el ejercicio del control directo de la constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia [...] no podrían ser examinadas por el Tribunal Constitucional”.

⁶⁶ A tono con lo anterior se expresa el artículo 45 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, de 13 de junio de 2011, cuando señala que “las sentencias que declaren la inconstitucionalidad y pronuncien la anulación consecuente de la norma o los actos impugnados producirán cosa juzgada y eliminarán la norma o acto del ordenamiento”.

⁶⁷ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0190 de 2013, TC/0189 de 2014, TC/0181 de 2018, entre otras.

⁶⁸ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencias TC/0190 de 2013, TC/0189 de 2014, TC/0168 de 2015.

Las decisiones del TC han caracterizado y definido la aparición de un derecho procesal constitucional dominicano que, con sus particularidades e incluso con sus debilidades, pero siempre en virtud de su función nomofiláctica,⁶⁹ ha aportado de manera sustancial al perfeccionamiento del ordenamiento procesal establecido para la regulación de los procesos constitucionales y, consecuentemente, a la salvaguarda y protección de los principios, valores y derechos constitucionales.

Bibliografía

- BREWER, Allan R., “Sobre la intangibilidad de las sentencias de los tribunales constitucionales y sus excepciones: algunas excepciones contrastantes: Colombia, Perú, Venezuela”, blog. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/03/1208.-Brewer.-conf.-Sobre-la-INTANGIBILIDAD-SENTENCIAS-Panam%C3%A1.pdf>
- CARPIO, Édgar, “Sieyès, Jellinek, Kelsen y los tribunales constitucionales”, en Domingo GARCÍA y Luis CERVANTES (eds.), *Hans Kelsen. Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017.
- ETO CRUZ, Gerardo, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Grijley, 2019.
- GARCÍA, Domingo, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, núm. 61, 2004. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8945/8538>
- JORGE, Eduardo, *Derecho constitucional*, Santo Domingo, Ius Novum, 2013.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, IJ-UNAM, 2011.
- RAY, Milton, “Ejecución de las Sentencias del Tribunal Constitucional”, Conferencia XXII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, 17 de junio de 2016, Distrito Federal, México. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/sobre-el-tc/pleno/magistrados/milton-l-ray-guevara/conferencias/conferencia-ejecuci%C3%B3n-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional-en-ocasi%C3%B3n-del-xxii-encuentro-de-presidentes-y-magistrados-de-tribunales-y-salas-constitucionales-de-am%C3%A9rica-latina/>

⁶⁹ Sobre la función nomofiláctica de los tribunales constitucionales, véase Gerardo Eto Cruz, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2019, p. 91.

Agustín Grijalva Jiménez* (Ecuador)
José Luis Castro-Montero** (Ecuador)

Reelección presidencial indefinida y reforma constitucional en América Latina: análisis comparado de los casos de Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia***

RESUMEN

En este artículo analizamos los mecanismos de reforma constitucional a través de los cuales se introdujo la reelección presidencial indefinida en Venezuela (2009), Nicaragua (2009, 2014), Ecuador (2015) y Bolivia (2017). Si bien en el plano formal las constituciones de estos países son rígidas, ya en la realidad, presidentes con amplio respaldo legislativo y jueces constitucionales dependientes del poder ejecutivo debilitaron ostensiblemente esta rigidez. En efecto, maniobras funcionales a los intereses de los presidentes facilitaron la eliminación de los límites constitucionales a la reelección presidencial mediante reformas tramitadas en el legislativo, interpretaciones jurisprudenciales y, en un único caso, a través de referéndum constitucional.

Palabras clave: reforma constitucional, reelección presidencial, América Latina.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag analysiert die Mechanismen der Verfassungsreformen, mit deren Hilfe die unbegrenzte Wiederwahl der Präsidenten in Venezuela (2009), Nicaragua (2009, 2014), Ecuador (2015) und Bolivien (2017) eingeführt wurde. Zwar sind die Verfassungen

* Doctor en Ciencia Política de la Universidad de Pittsburgh y doctor en Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; juez de la Corte Constitucional del Ecuador. agustin.grijalva@gmail.com

** Magister en Investigación en Derecho de Tilburg University y KU Leuven. Profesor contratado en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. j.l.castromontero1@gmail.com

*** Este artículo presenta una síntesis de un trabajo más extenso y detallado sobre la reelección presidencial indefinida, desarrollado por los autores con apoyo del Fondo de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

der genannten Länder formal inflexibel, tatsächlich wurde ihre formale Eindeutigkeit jedoch von Präsidenten mit breiter parlamentarischer Basis sowie von regierungsabhängigen Verfassungsrichtern spürbar geschwächt. In der Praxis wurde mithilfe von Manövern im Interesse der Präsidenten die in der Verfassung verankerte Begrenzung der Wiederwahl durch parlamentarisch gebilligte Reformen, gerichtliche Interpretationen und, in einem Fall, ein Verfassungsreferendum aufgehoben.

Schlagwörter: Verfassungsreform, Wiederwahl des Präsidenten, Lateinamerika.

ABSTRACT

In this article we analyze the constitutional reform mechanisms through which indefinite presidential re-election was introduced in Venezuela (2009), Nicaragua (2009, 2014), Ecuador (2015) and Bolivia (2017). While the constitutions of these countries are rigid on a formal level, the reality is that presidents with broad legislative backing and constitutional judges dependent on the executive branch ostensibly weakened this rigidity. Indeed, functional maneuvers in the interests of the presidents facilitated the elimination of constitutional limits on presidential re-elections through reforms adopted in the legislature, jurisprudential interpretations and, in one case, through a constitutional referendum.

Key words: Constitutional reform, presidential re-election, Latin America.

Introducción

La reforma de las reglas constitucionales de reelección presidencial es un tema recurrente en la vida política de las democracias latinoamericanas. Durante el siglo XIX e inicios del XX, la experiencia histórica en la región mostró que la manipulación constante de la reelección dio lugar a gobiernos caudillistas o autoritarios.¹ Como consecuencia, desde 1950 hasta 1990, fue frecuente hallar en la mayoría de constituciones latinoamericanas restricciones como la prohibición absoluta de reelección, que imposibilita ejercer la presidencia más de una vez; o limitaciones relativas, como la reelección diferida, que permite a una misma persona volver a postularse a la presidencia luego de uno o más periodos.²

¹ John M. Carey, "The reelection debate in Latin America", *Latin American Politics and Society*, núm. 45, 2013, p. 120.

² Michael Penfold *et al.*, "Los invencibles: la reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina", *Revista de Ciencia Política*, núm. 34, 2014, pp. 550-551; Mario Serrafiero, "La reelección presidencial indefinida en América Latina", *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, núm. 54, 2011, p. 231; Ilka Treminio Sánchez, "Las reformas a la reelección presidencial en América Latina", *Estudios Sociológicos*, núm. 91, 2013, pp. 59-61.

A partir de 1990, en cambio, América Latina experimentó una oleada reeleccionista que flexibilizó significativamente los límites al mandato presidencial.³ En contra de la tradición restrictiva de reelección,⁴ un gran número de países estableció la reelección inmediata, lo que posibilita que una persona ejerza la presidencia por dos mandatos consecutivos, e incluso, a partir de 2009, en Venezuela, Nicaragua, Bolivia y Ecuador, se introdujo la reelección indefinida, un esquema institucional que permite que una misma persona se postule a la presidencia sin restricciones.⁵

En este artículo analizamos los mecanismos de cambio constitucional a través de los cuales se introdujo la reelección presidencial indefinida durante la última década. En Venezuela, la enmienda de 2009 fue sometida a referéndum luego de ser aprobada por la asamblea legislativa. En Nicaragua (2014) y Ecuador (2015), la reforma y la enmienda, respectivamente, fueron aprobadas por el Legislativo, sin referéndum. En Nicaragua (2009) y Bolivia (2017), el cambio constitucional no se produjo a través de los procedimientos de reforma estipulados en la constitución, sino por medio de la interpretación jurisprudencial. En estos dos últimos casos, los jueces modificaron la constitución mediante sentencias de dudosa juridicidad en las que se declaró la inaplicabilidad de disposiciones constitucionales expresas.⁶

A partir del análisis comparado concluimos que si bien las constituciones de estos cuatro países han adoptado procedimientos de reforma agravados –que en ciertos casos requieren mayorías legislativas calificadas o ratificación mediante referéndum–, la rigidez y supremacía constitucional pueden verse seriamente debilitadas en contextos de presidentes con amplio respaldo legislativo, sumados a una justicia constitucional con escasa independencia frente al poder ejecutivo. A diferencia de los estudios tradicionales, destacamos que factores como el poder político-legislativo del presidente y la independencia judicial son dos variables clave para explicar la flexibilidad de las constituciones en la región.

El artículo se organiza de la siguiente manera: la primera sección establece un marco conceptual sobre el cambio constitucional, en la segunda sección caracterizamos la reelección presidencial indefinida; las siguientes secciones exploran los casos nacionales en orden cronológico, es decir, los casos venezolano, nicaragüense,

³ Javier Corrales y Michael Penfold, “Manipulating term limits in Latin America”, *Journal of Democracy*, núm. 25, 2014, p. 161.

⁴ Vale notar que, a pesar de que la mayoría de países adoptaron reglas restrictivas de reelección, entre 1949 y 1987, la Argentina de Perón, el Paraguay de Stroessner o la República Dominicana de Balaguer adoptaron la reelección presidencial indefinida, lo que dio vía libre para que el presidente pueda reelegirse a voluntad.

⁵ Serrafero, *op. cit.*, 2011, p. 233.

⁶ Roberto Viciano y Gabriel Moreno, “Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las cortes constitucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, p. 166; Agustín Grijalva y José Luis Castro, “Reelección presidencial indefinida y justicia (in) constitucional en América Latina” (manuscrito inédito).

ecuatoriano y boliviano; la séptima sección destaca los hallazgos en clave comparada; en la sección final se presentan las conclusiones.

1. Los mecanismos de cambio constitucional

La literatura ha identificado al menos siete formas de cambio constitucional.⁷ En este estudio examinamos específicamente las dos formas a través de las cuales se adoptó la reelección indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia, es decir, el *cambio por promulgación* –por ejemplo, a través de enmiendas o reformas a la constitución– y el *cambio por interpretación* –mediante el pronunciamiento del órgano judicial competente para realizar control de constitucionalidad–.⁸

Sobre el *cambio por promulgación*, genéricamente denominado enmienda o reforma constitucional, debemos señalar que las constituciones contienen normas rígidas, cuyas disposiciones (en el caso de las constituciones escritas) son estables. El procedimiento establecido para la reforma se encuentra previsto en el mismo texto constitucional y generalmente prevé requisitos y trámites más complejos que aquellos previstos para la modificación de las demás normas jurídicas.⁹ En algunos casos, las constituciones contienen cláusulas intangibles o pétreas, es decir, disposiciones que por su valor intrínseco para la estructura de un Estado democrático o los derechos fundamentales no pueden ser objeto de reforma bajo ninguna circunstancia.¹⁰ En otros, las constituciones establecen requisitos como mayorías legislativas calificadas o ratificación mediante referéndum, para la tramitación de una reforma o enmienda.¹¹

Desde una perspectiva funcional, el cambio constitucional por promulgación, llámese reforma o enmienda, compatibiliza el texto constitucional con la realidad social, corrige problemas institucionales y asegura la continuidad jurídica de la constitución.¹² Evidentemente, las reformas constitucionales deben respetar ciertos límites formales, atinentes a su procedimiento y tramitación, y materiales, es decir,

⁷ Richard Albert y Carlos Bernal, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2017, pp. 9-10.

⁸ Tom Ginsburg, *Comparative Constitutional Design*, New York, Cambridge University Press, 2012, pp. 7-8.

⁹ Richard Albert, “The structure of constitutional amendment rules”, *Wake Forest Law Review*, núm. 49, 2014, p. 913.

¹⁰ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 21.

¹¹ Jorge Benavides, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, núm. 16, 2018, pp. 61-63.

¹² Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 83.

relativos al objeto mismo de reforma. Estos límites pueden ser internos, si se establecen en la propia constitución, o externos, si lo hacen en la normatividad internacional; expresos, si se establecen de manera manifiesta en la constitución, o implícitos, si es necesario que se deduzcan indirectamente a través de interpretaciones.¹³

Las constituciones escritas, como la generalidad de disposiciones de orden jurídico, están sujetas a reformas a través de distintos mecanismos que no necesariamente implican alteraciones en sus textos. El *cambio por interpretación* jurisprudencial es uno de los mecanismos que permite reconfigurar el sentido y alcance de una disposición constitucional, sin necesidad de modificar el texto literal de la constitución.¹⁴ En efecto, el cambio constitucional por interpretación alude precisamente a la atribución del sentido o significado realizada por órganos jurisdiccionales con competencia para interpretar la constitución y declarar la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales.¹⁵

Como adelantamos, en este estudio nos enfocamos en los mecanismos a través de los cuales se introdujo la reelección presidencial indefinida, es decir, el cambio por promulgación en los casos de Venezuela (2009), Nicaragua (2014) y Ecuador (2015), y el cambio por interpretación en los casos de Nicaragua (2009) y Bolivia (2017). Sin embargo, antes de analizar los casos nacionales, caracterizamos la reelección presidencial indefinida, diferenciándola de otros esquemas de reelección.

2. Los esquemas de reelección presidencial

Existen varias fórmulas institucionales que resuelven la continuidad del presidente en el cargo. Estas fórmulas se clasifican a partir del nivel de permisividad que cada tipo de reelección otorga al presidente en ejercicio del cargo para optar por la reelección.¹⁶

La prohibición de reelección, ubicada en el extremo antireeleccionista, imposibilita absolutamente que una persona ejerza la presidencia más de una vez.¹⁷

Le sigue la reelección diferida que impide que el presidente de turno pueda postularse para un segundo mandato consecutivo. La reelección diferida varía en función

¹³ Richard Albert, “Nonconstitutional amendments”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, núm. 22, 2009, p. 7.

¹⁴ Richard Albert, “How unwritten constitutional norms change written constitutions”, *Dublin University Law Journal*, núm. 38, 2015, p. 387.

¹⁵ Albert y Bernal, *op. cit.*, 2011.

¹⁶ Serrafiero, *op. cit.*, 2011, p. 233.

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 229 de la Constitución de la República de Paraguay de 1992 establecía: “El Presidente de la República y el Vicepresidente durarán cinco años improrrogables en el ejercicio de sus funciones, a contar desde el quince de agosto siguiente a las elecciones. No podrán ser reelectos en ningún caso”, o el artículo 197 de la Constitución Política de Colombia que, hasta 2005, indicaba: “No podrá ser elegido Presidente de la República el ciudadano que a cualquier título hubiere ejercido la Presidencia”.

de la condición que establece el número de periodos o años que deben transcurrir antes de que un candidato pueda volver a postularse.¹⁸ La reelección diferida puede ser abierta, si no limita el número de mandatos no consecutivos permitidos, o cerrada, si condiciona expresamente el número de mandatos no consecutivos durante los cuales una misma persona puede ejercer la presidencia.¹⁹

La reelección inmediata, en cambio, es más permisiva, pues autoriza al presidente en ejercicio a presentarse de manera continua a la reelección, aunque por un número acotado de mandatos –generalmente dos–.²⁰

En el extremo reeleccionista, la reelección indefinida permite que la misma persona sea reelegida a perpetuidad.²¹ Al contrario de todas las otras fórmulas que resuelven la continuidad del presidente, la reelección indefinida elimina las restricciones temporales al ejercicio del poder político del presidente, e incluso puede llegar a anular el principio de alternancia que caracteriza a un gobierno presidencial y democrático, al permitir que una misma persona ejerza la presidencia por periodos de tiempo indeterminados.²²

Hay quienes advierten que la reelección indefinida debilita la competencia electoral, mina la división de poderes, reduce el respeto del presidente hacia las libertades y los derechos, erosiona la democracia y, consecuentemente, propicia la transición hacia el autoritarismo.²³ Justamente por ello, los mecanismos a través de los cuales se introdujo la reelección indefinida del presidente en las constituciones nacionales han sido objeto de múltiples debates y controversias.²⁴ A continuación, exploramos cómo operaron estos mecanismos en cada país.

¹⁸ La Constitución Política del Perú de 1979, en su artículo 205, indicaba que “el mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un periodo presidencial”, absteniéndose de indicar el número máximo de periodos no consecutivos durante los cuales una persona podía ser reelegida.

¹⁹ Tom Ginsburg, James Melton y Zachary Elkins, “On the evasion of executive term limits”, *William and Mary Law Review*, núm. 52, 2010, p. 1833.

²⁰ Por ejemplo, la reforma de 1994 de la Constitución de la nación Argentina, en su artículo 90, establece que “el Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo periodo consecutivo”.

²¹ La enmienda de 2009 a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en el artículo 230 indica: “el periodo presidencial es de seis años. El Presidente o Presidenta de la República puede ser reelegido o reelegida”.

²² Allan R. Brewer, “Venezuela 2009 referendum on continuous reelection: Constitutional implications”, *Columbia Academic Commons*, 2011; “El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (la reelección continua e indefinida)”, *Revista de Derecho Público*, núm. 117, 2009, pp. 205-211; Carlos Bernal *et al.*, *Reelección indefinida vs. democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2015, p. 17.

²³ Mario Serrafiero, *op. cit.*, 2011, p. 235; Agustín Grijalva y José Luis Castro, “La reelección presidencial indefinida en perspectiva comparada” (manuscrito inédito).

²⁴ Mila Versteeg *et al.*, “The law and politics of presidential term limit evasion”, *Columbia Law Review* (artículo aceptado para publicación en 2020), p. 11.

3. Venezuela, 2009: enmienda constitucional y referéndum

3.1. Procedimientos de reforma de la Constitución venezolana

La Constitución venezolana de 1999 consagra un sistema de reforma escalonado que se estructura a partir de tres mecanismos: la enmienda, la reforma (parcial) y la asamblea constituyente (reforma total).²⁵ La tabla 1 resume el objeto, los límites, la iniciativa, el trámite y la aprobación de los tres mecanismos de cambio constitucional. En esta sección analizamos exclusivamente la enmienda, dado que este fue el mecanismo empleado para introducir la reelección indefinida en 2009.

En comparación con la reforma y la asamblea constituyente, la enmienda es un mecanismo más flexible de cambio constitucional. Los umbrales requeridos en la Asamblea Nacional para la iniciativa, así como el trámite en dos discusiones y aprobación en sede legislativa, son menos gravosos que aquellos previstos para la reforma parcial y la asamblea constituyente.

Tabla 1. Procedimientos de reforma de la Constitución venezolana de 1999

	Enmienda	Reforma	Asamblea Constituyente
Objeto	Adición o modificación de varios artículos	Revisión parcial y sustitución de uno o varios artículos de la Constitución	Transformar el Estado, establecer un nuevo orden jurídico y redactar una nueva Constitución
Límite	No puede alterar la estructura fundamental de la Constitución	No puede alterar la estructura, ni los principios de la Constitución	Sin límite proveniente de poderes constituidos
Iniciativa	a. 15% ciudadanos, b. 30% de integrantes de la Asamblea Nacional (AN), o c. presidente	a. 15% de ciudadanos, b. mayoría (simple) de integrantes de la AN, o c. presidente	a. Presidente, b. mayoría calificada (2/3) de los integrantes de la AN, o c. 15% de ciudadanos
Trámite	Mismo procedimiento de formación de las leyes (dos discusiones en la AN en dos días distintos)	3 discusiones (por título o capítulo y por artículo) hasta en dos años	N/A
Aprobación legislativa	Mayoría (simple) de integrantes de la AN	Mayoría calificada (2/3) de los integrantes de la AN	N/A
Aprobación popular	Poder electoral somete a referéndum y se aprueba por mayoría simple	Poder electoral somete a referéndum y se aprueba por mayoría simple	Mayoría simple

Fuente: Elaboración propia.

²⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículos 342 y ss.

A pesar de su flexibilidad relativa frente a otros mecanismos de cambio constitucional, la enmienda requiere el consenso de varios actores políticos. Según el artículo 341 de la Constitución, la iniciativa de enmienda puede partir del 15 % de los ciudadanos inscritos en el Registro Civil y Electoral, del 30 % de los integrantes de la Asamblea Nacional o del presidente. Si la iniciativa proviene del Legislativo, la enmienda debe aprobarse con la votación de la mayoría simple de los integrantes, siguiendo el procedimiento de formación de leyes consagrado en los artículos 207 y siguientes de la Constitución. Una vez aprobada en sede legislativa, la enmienda requiere la ratificación popular en referéndum.

3.2. La enmienda de 2009

Por pedido expreso del Ejecutivo, la enmienda que instauró la reelección indefinida se tramitó por vía legislativa.²⁶ A finales de noviembre de 2008, durante una alocución transmitida en cadena nacional, Hugo Chávez manifestó: “Yo les doy mi autorización al Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) y al pueblo venezolano para que inicien el debate y las acciones para lograr la enmienda constitucional y la reelección como presidente de la República”.²⁷ Chávez también dejó claro que la enmienda debía tramitarse y aprobarse de manera inmediata: “Solo les voy a pedir algo primero, si es que lo vamos a hacer es para ganar la enmienda constitucional y ganar de manera abrumadora por nocaut y, en segundo lugar, si lo vamos a hacer, hagámoslo rápido, yo de verdad no quisiera pasar el año 2009 discutiendo”.²⁸

El pedido de Chávez tuvo eco inmediato en el Legislativo, en donde su partido, el PSUV, sumado a otros aliados políticos, ejercía un control casi hegemónico del 98 % de escaños. Cilia Flores, congresista por el PSUV y presidenta de la Asamblea Nacional, presentó la propuesta de enmienda el 9 de diciembre de 2008. Diez días más tarde, el proyecto que originalmente preveía ampliar la reelección únicamente para el presidente fue aprobado en primera discusión con una abrumadora mayoría de 141 de un total de 167 votos.²⁹

A inicios de 2009, Chávez planteó que la reelección indefinida debía ampliarse para todos los cargos de elección popular como gobernadores, alcaldes y legisladores.³⁰ Esta propuesta surgió como una respuesta política a resquebrajamiento en el

²⁶ A pesar de haber iniciado la recolección de firmas por parte de la ciudadanía, la urgencia de la enmienda obligó al PSUV a tramitarla en sede legislativa.

²⁷ Maye Primera, “Chávez reabre el proceso para su reelección indefinida”, *El País*, 1 de diciembre de 2008.

²⁸ “Chávez: hoy comienza la campaña por la enmienda constitucional”. Portal del PSUV, 2008.

²⁹ Proyecto de Enmienda al artículo 230 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Microjuris.com, 2008.

³⁰ Maye Primera, “Luz verde a la reforma constitucional para la reelección indefinida de Chávez”, *El País*, 15 de enero de 2009.

interior del PSUV³¹ y también a la derrota electoral del chavismo en gobernaciones como Carabobo, Miranda, Nueva Esparta, Táchira y Zulia, y de importantes centros urbanos como Sucre, durante las elecciones seccionales de 2008. La Asamblea Nacional acogió la propuesta y con 146 de 167 votos aprobó el texto de la pregunta que sería sometida al referéndum.

El 16 de enero de 2009, el texto de la pregunta fue remitido al Consejo Nacional Electoral y ese mismo día se anunció que el referéndum ratificatorio se celebraría el 15 de febrero. La enmienda fue finalmente aprobada con el 54,8 % de votos por el sí y el 45,7 % por el no, un resultado holgado que no había sido previsto por los encuestadores locales.³²

3.3. Hugo Chávez: respaldo legislativo y ausencia de controles horizontales

El dominio de Chávez sobre su partido y la falta de controles por parte del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y del Consejo Nacional Electoral (CNE) determinaron la aprobación de la enmienda en un contexto de poco debate y en menos de dos meses. Como señalamos, la Constitución venezolana establece niveles de consenso moderados entre los legisladores para tramitar la enmienda –el 30 % de legisladores para la iniciativa y la mayoría simple para la aprobación–. En contextos multipartidistas, con coaliciones partidarias inestables, estos umbrales suponen obstáculos difíciles de superar. Sin embargo, el dominio del PSUV en el Legislativo venezolano garantizó la aprobación de la enmienda sin problemas.

El TSJ fue otro actor que viabilizó la tramitación de la reforma constitucional. A finales de 2008, la Sala Constitucional del TSJ conoció una acción de interpretación en la que se pronunció sobre dos cuestiones.³³ En primer lugar, la Sala debió resolver si el procedimiento de enmienda se encontraba sujeto a la restricción establecida en el artículo 345 de la Constitución que indica “que la iniciativa de reforma constitucional revisada no podrá presentarse de nuevo en un mismo periodo constitucional a la Asamblea Nacional”.³⁴ En segundo lugar, si podía enmendarse la Constitución para adoptar la reelección indefinida, sin afectar el principio constitucional de alternancia democrática.

En torno a la primera cuestión, recordemos que, en 2007, Hugo Chávez tramitó una propuesta de reforma constitucional que buscaba introducir la reelección

³¹ Durante las elecciones de resquebrajamiento interno del PSUV, que ocasionó la separación de partidos con fuerzas marginales como Patria Para Todos o el Partido Comunista de Venezuela de la coalición chavista.

³² Resultados del referéndum aprobatorio de la enmienda constitucional.

³³ Sentencia 0053 de 2009, caso: Interpretación respecto del contenido y alcance de los artículos 340, 6 y 345 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

³⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 345.

presidencial indefinida. Dicha propuesta fue rechazada mediante referéndum constitucional. A pesar de ello, la Sala estimó que la propuesta de enmienda no contravenía lo establecido en el artículo 345 de la Constitución y que era procedente que se consultara a los venezolanos por segunda ocasión en un mismo mandato sobre la instauración de la reelección indefinida.

Sobre la segunda interrogante, el TSJ afirmó que la reelección indefinida no suponía vulneración alguna al principio de alternancia, siempre y cuando se garantizaran elecciones periódicas. Este argumento evidencia una lógica equívoca, al confundir el carácter alternativo –es decir, el ejercicio de un cargo por personas distintas– con el carácter electivo de un gobierno democrático que se traduce en una designación fruto de una elección popular.

El CNE, presidido por Tibisay Lucena, también fue un actor clave durante la tramitación de la enmienda. El ente electoral facilitó la convocatoria del proceso y prácticamente no ejerció controles sobre la campaña electoral, mayormente dominada por el oficialismo y difundida a través de medios de comunicación nacional como Venezolana de Televisión, Tves y Globovisión.³⁵ Al contrario de lo sucedido durante la consulta popular sobre la reforma tramitada en 2007, el CNE decidió no financiar las campañas por el sí y el no con asignaciones públicas. Esta limitación supuso serias restricciones financieras para los partidos de oposición.³⁶

La campaña mediática del oficialismo tuvo un efecto directo en el electorado. A mediados de febrero de 2009, el chavismo obtuvo un triunfo “vital para la revolución” que había buscado insistentemente desde 2007. La presteza en la tramitación de la enmienda, así como la ausencia de controles electorales en la campaña del oficialismo evidenciaron la desinstitucionalización de un sistema político confeccionado a la medida de la voluntad del Ejecutivo. El triunfo de la reelección indefinida constituyó el pináculo del chavismo. Sin restricciones para su reelección, Chávez venció nuevamente en las elecciones de 2012 y murió como presidente electo en marzo de 2013.

4. Nicaragua: primero interpretación (2009) y luego promulgación (2014)

4.1. Procedimientos de reforma de la Constitución nicaragüense

La Constitución nicaragüense establece la posibilidad de reforma parcial o total.³⁷ En el caso de la reforma total, la iniciativa corresponde a la mayoría absoluta (mitad más uno) de los diputados de la Asamblea Nacional (AN). La reforma parcial, en

³⁵ Michael Penfold, “La democracia subyugada: el hiperpresidencialismo venezolano”, *Revista de Ciencia Política*, núm. 30, 2010, pp. 21-40.

³⁶ *Ibid.*, p. 33.

³⁷ Constitución Política de Nicaragua, artículos 192 y ss.

Tabla 2. Procedimientos de reforma de la Constitución nicaragüense de 1987

	Reforma parcial	Reforma total
Objeto	Modificación de uno o varios artículos	Modificación completa de la Constitución
Iniciativa	a) Presidente o b) 1/3 de los diputados de la AN	Mitad más uno de los diputados de la AN
Trámite	Discusión en dos legislaturas en la AN	Discusión en dos legislaturas y convocatoria a elecciones de Asamblea Nacional Constituyente
Aprobación	60 % de los miembros de la AN	N/A

Fuente: Elaboración propia.

cambio, requiere la iniciativa del presidente de la República o de un tercio de los diputados de la AN. En ambos casos, el proyecto de reforma debe ser tramitado por una comisión especial de la AN, en un plazo no mayor a 60 días y aprobado con el voto favorable del 60 % de los diputados en dos legislaturas.³⁸ Como resumimos en la tabla 2, luego de su aprobación, la reforma parcial debe ser promulgada por el presidente de la República, sin lugar a veto. Precisamente, la reforma parcial fue el mecanismo utilizado para introducir la reelección indefinida.

Desde una perspectiva procedimental, el trámite de la reforma parcial configura un escenario institucional que permite realizar modificaciones a la Constitución con relativa flexibilidad en contextos de gobiernos unificados.³⁹ Según el diseño constitucional, la AN es el único jugador con poder de veto sobre la iniciativa de reforma proveniente del Ejecutivo, de tal modo que un gobierno de mayoría, con alta disciplina partidista, no tendría mayores problemas en alterar el *statu quo* constitucional. De hecho, las seis reformas parciales realizadas a la Constitución de 1987-1990, 1995, 2000, 2004, 2005 y 2014 fueron aprobadas durante el mandato de presidentes cuyo partido político logró más del 50 % de escaños en el Legislativo.

Al contrario, en los gobiernos divididos, como el de Arnoldo Alemán (1997-2002), que contó con el 47 % de escaños en el Legislativo, y el segundo mandato de Daniel Ortega (2006-2010), que logró el 41 % de escaños, los intentos de reformas parciales a la Constitución por vía legislativa no prosperaron.

4.2. La Sentencia 509 de 2009

En 2009, Daniel Ortega era un presidente minoritario. La falta de apoyo legislativo llevó a Ortega a buscar apoyos extraparlamentarios. La vía judicial, en un contexto

³⁸ Cada legislatura comienza el 10 de enero y termina el 15 de diciembre del año en curso.

³⁹ Es decir, aquel en el cual el partido del presidente controla la mayoría de escaños legislativos.

en el que los propios jueces constitucionales profesaban sin tapujos su ideología afín al sandinismo, se presentó como un camino idóneo para eliminar los límites constitucionales a la reelección, sin tener que activar procedimientos de reforma parcial o total a la Constitución.⁴⁰ A partir de una interpretación muy similar a aquella dictada por la Sala IV en Costa Rica en 2003, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) de Nicaragua declaró inaplicables las reglas expresas de la Constitución que limitaban la reelección de Ortega y otros varios líderes sandinistas locales.⁴¹ Esta sentencia le abrió las puertas a Ortega para convertirse en el primer presidente reelecto en Nicaragua desde el retorno a la democracia en 1985.

4.3. La reforma de 2014

A finales de 2013, Daniel Ortega ordenó la tramitación de un extenso proyecto de reforma parcial que incluía la modificación de los artículos 147 y 178 de la Constitución, que establecían la reelección diferida para el presidente y otras autoridades de elección popular. Vale notar que la inaplicabilidad de ambos artículos había sido declarada por la CSJ en 2009.⁴² El proyecto de reforma fue tramitado y aprobado en dos meses debido a que el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN), el partido de gobierno, controlaba aproximadamente el 69 % de escaños en la AN –más del 60 % necesario para tramitar y aprobar la reforma parcial–.

El 1 de noviembre de 2013, 63 diputados del FSLN firmaron la aprobación de la propuesta de reforma. Inmediatamente, varias organizaciones afines al sandinismo manifestaron su respaldo a la propuesta, mientras que otros tantos sectores alertaron sobre un posible tránsito al autoritarismo orquestado por el sandinismo. A mediados de febrero de 2014, la reforma parcial que incluyó la eliminación de los límites a la reelección entró en vigencia.

En suma, a pesar de que la reelección indefinida ya había sido instituida vía interpretación, Ortega buscó una nueva reforma parcial que confirmara definitivamente la reelección indefinida. En 2014, ya como presidente mayoritario y popular, Ortega no dudó en activar el procedimiento de reforma de la Constitución en la arena parlamentaria. El hecho de contar con una mayoría legislativa garantizó la aprobación de la reforma en los términos establecidos por el Ejecutivo. En 2017, Ortega fue reelecto para su cuarto mandato presidencial; el tercero de manera consecutiva. De finalizar su periodo en 2022, Ortega habrá ejercido la presidencia por más de 20 años.

⁴⁰ Elena Martínez Barahona y Amelia Brenes Barahona, “Y volver, volver, volver...? Un análisis de los casos de intervención de las cortes supremas en la reelección presidencial en Centroamérica”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, núm. 38, 2012, p. 111; “Cortes supremas y candidaturas presidenciales en Centroamérica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, p. 167.

⁴¹ Sala Constitucional, Sentencia 504-2009.

⁴² Aunque ambos artículos habían sido previamente declarados como inaplicables por la CSJ, el texto constitucional permanecía inalterado, lo que generaba dudas frente a la posibilidad de reelección inmediata o indefinida.

5. Ecuador, 2015: enmienda constitucional sin referéndum

5.1. Procedimientos de reforma de la Constitución ecuatoriana

La Constitución ecuatoriana de 2008 contempla tres procedimientos de reforma constitucional: la enmienda, la reforma parcial y la asamblea constituyente que debe ser activada para una reforma total. La tabla 3 recoge las características principales de estos tres mecanismos. En particular, analizaremos el procedimiento de la enmienda, mecanismo utilizado por el entonces presidente Rafael Correa para introducir la reelección indefinida.

Tabla 3. Procedimientos de reforma de la Constitución ecuatoriana

	Enmienda	Reforma parcial	Asamblea Constituyente
Objeto	Alteración de uno o varios artículos de la Constitución	Alteración de uno o varios artículos de la Constitución	Redacción de una nueva Constitución
Iniciativa	a. Presidente, b. 8 % de personas o c. 1/3 de miembros de AN	a. Presidente, b. 1 % de personas o c. mayoría simple de miembros de AN	a. Presidente, b. 2/3 de miembros de la AN, c. 12 % de personas
Trámite	En caso de iniciativa de la AN, será tramitado en dos debates (el segundo debate se realizará en los 30 días siguientes al año de realizado el primero)	Dos debates en la AN (el segundo debate se realizará al menos 90 días después del primero)	N/A
Límites	No puede alterar la estructura fundamental de la Constitución, ni los elementos constitutivos del Estado, no puede establecer restricciones a derechos y garantías jurisdiccionales ni puede modificar el procedimiento de reforma constitucional	No puede establecer restricciones a derechos y garantías jurisdiccionales ni puede modificar el procedimiento de reforma constitucional	N/A
Aprobación	a. Referéndum constitucional (mayoría simple) en caso de iniciativa del presidente o ciudadana o b. 2/3 de miembros de la AN en caso de iniciativa de la AN	Referéndum constitucional (mayoría simple)	Referéndum constitucional (mayoría simple)

Fuente: Elaboración propia.

Conforme al artículo 441 de la Constitución ecuatoriana, un tercio de asambleístas puede proponer una enmienda constitucional, aunque no su estructura fundamental ni los elementos constitutivos del Estado, ni puede poner restricciones a derechos y garantías, ni modificar el procedimiento de reforma constitucional.⁴³ Luego, de acuerdo con el mismo artículo, se procede al primer debate; debe pasar un año y treinta días para que se realice el segundo debate en el Parlamento. La aprobación de la enmienda requiere dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional (AN) para su aprobación.⁴⁴ Si se compara con la reforma parcial, la enmienda tramitada por vía legislativa es la menos gravosa para modificar el texto de la Constitución.

5.2. El dictamen de la Corte Constitucional

La Constitución ecuatoriana exige que la Corte Constitucional califique la vía a través de la cual debe tramitarse una propuesta de reforma. A mediados de 2014, Gabriela Rivadeneira, entonces presidenta de la Asamblea Nacional y una de las principales dirigentes de Alianza País –el partido del gobierno de Rafael Correa– presentó ante la Corte Constitucional un proyecto de enmienda a la Constitución que incluía, entre otros asuntos, la reelección indefinida.

La Corte Constitucional no dudó en legitimar el procedimiento más flexible de cambio constitucional: la enmienda por vía legislativa.⁴⁵ La tesis central de la Corte, replicando la posición del Ejecutivo, fue que la reelección indefinida no restringía, sino que ampliaba derechos constitucionales, en tanto admitía que los electores eligieran libremente, sin limitaciones, y permitía a quien ejercía un cargo de elección popular volver a presentarse como candidato sin restricción temporal alguna.⁴⁶

⁴³ El problema respecto de estas limitaciones es que la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional no ha definido con claridad lo que debe entenderse por estructura fundamental de la Constitución. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional en torno a los elementos constitutivos del Estado ha sido vacilante. Por ejemplo, en una misma decisión –el dictamen 001-14-DRC-CC–, la Corte señaló, por un lado, que los elementos constitutivos del Estado se encuentran recogidos únicamente en los artículos 1 al 9 de la Constitución y, por otro, que existen elementos constitutivos que pueden ser deducidos mediante interpretaciones de otras disposiciones constitucionales, ajenas a los artículos citados.

⁴⁴ En contraste, según el artículo 442 de la Constitución ecuatoriana, si la reforma no supone restricción de derechos y garantías constitucionales, ni modifica el procedimiento de reforma constitucional, pero altera la estructura fundamental o el carácter o los elementos constitutivos del Estado, debe ser tramitada primero en la Asamblea y luego sometida a referéndum.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 001-14-DRC-CC, dictado dentro del caso 0001-14-RC, 2014.

⁴⁶ José Luis Castro, “Judicial politics in unconsolidated democracies: An empirical analysis of the Ecuadorian Constitutional Court (2008-2016)”, *Justice System Journal*, vol. 38, 2017, p. 382.

El ejercicio altamente discrecional del poder de la Corte Constitucional para determinar la vía de reforma volvió, a conveniencia, más flexible el trámite de enmienda de la propia Constitución, incluso cuando buena parte de la opinión pública exigió que la reforma constitucional para la reelección indefinida fuera sometida a referéndum. Estos sectores manifestaron que la reelección indefinida sí implicaba restricción de derechos constitucionales y alteraba estructuralmente la organización del poder estatal.⁴⁷ En consecuencia, desde esta posición, la reelección indefinida solo podía ser introducida mediante el procedimiento de reforma parcial, que necesariamente requería la aprobación definitiva vía referéndum.

5.3. La enmienda con aprobación legislativa y sin referéndum

En esta adaptación del procedimiento de enmienda constitucional a las necesidades del gobierno también jugó un importante rol la mayoría legislativa del partido de gobierno. A la época, el partido de Correa controlaba 100 de 137 escaños legislativos.⁴⁸ Aunque el trámite de la enmienda constitucional requiere el intervalo de un año y una mayoría calificada de dos tercios para su aprobación, fue relativamente fácil para un gobierno mayoritario como el de Correa impulsar e introducir la enmienda de la reelección indefinida. En efecto, en diciembre de 2015, la enmienda reeleccionista fue aprobada con el voto favorable de los legisladores correístas.

Debemos notar también las limitaciones institucionales a la deliberación legislativa presentes en el caso ecuatoriano. Conforme a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, las votaciones pueden hacerse por bloques de artículos, títulos, capítulos o secciones; incluso, se puede mocionar la aprobación del texto íntegro de una ley, sin requerir la aprobación artículo por artículo de la misma.⁴⁹ Este procedimiento, sin duda, facilitó mantener la disciplina de un bloque legislativo, al no permitir las disidencias parciales.⁵⁰

Ante la incertidumbre electoral, la crisis económica y el desgaste de su popularidad, Correa introdujo una disposición transitoria para aplicar, paradójicamente, la reelección indefinida de forma diferida por una sola vez. Esto significaba que Correa podía reelegirse sin limitaciones a partir de las elecciones generales de 2021.

⁴⁷ Agencia AFP, “Correa defiende reelección indefinida en Ecuador y desafía a opositores”, *El Comercio*, 4 de noviembre de 2014.

⁴⁸ Santiago Basabe y Julián Martínez, “Ecuador: cada vez menos democracia, cada vez más autoritarismo... Con elecciones”, *Revista de Ciencia Política*, núm. 34, 2014, p. 147.

⁴⁹ Ley Orgánica de la Función Legislativa, publicada en el Registro Oficial 642 de 27 de julio de 2009, artículo 61.

⁵⁰ De hecho, más de tres años después, con notable tardanza y ya bajo el gobierno de Lenín Moreno, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de las enmiendas debido a esta votación en bloque que no permite el debate parlamentario (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 018-18-SIN-CC, dictada dentro de los casos 0099-15-IN y otros, 2018).

En 2017, a punto de finalizar su gobierno luego de más de diez años, Correa apoyó la candidatura de Lenín Moreno. Durante el primer año de gobierno, Moreno, convertido en el principal adversario político de Correa, convocó a una consulta popular para reformar la reelección indefinida y volver al esquema de la reelección inmediata. La propuesta fue aprobada en las urnas en febrero de 2018, desechando la reelección indefinida.

6. Bolivia, 2017: reforma constitucional sin promulgación

6.1. Las declaraciones reeleccionistas del Tribunal Plurinacional Constitucional

Conceptualmente, la Constitución boliviana podría considerarse como rígida debido a la exigencia del artículo 411, párrafo 2, de que “cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”. En esa misma línea, según el párrafo 1 del mismo artículo, toda reforma total o que afecte a las bases fundamentales de la Constitución, a los derechos, deberes y garantías o a la primacía y reforma de la Constitución requerirá asamblea constituyente activada mediante referéndum.

En definitiva, toda reforma constitucional, parcial o total, requiere referéndum. Sin embargo, el Ejecutivo y el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) encontraron formas alternativas de reformar el número de reelecciones posibles, mediante una serie de interpretaciones.⁵¹ Según el artículo 168 de la Constitución, el presidente de la República puede ser reelecto por una sola vez de forma continua. Esto es lo que sucedió en el caso de Evo Morales, quien fue electo por primera vez en 2005, antes de expedirse la nueva Constitución, y reelecto en 2009. En consecuencia, Morales no podía optar por un tercer periodo pues la Constitución, en la disposición transitoria primera, inciso II, establecía expresamente: “Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones”.⁵²

A pesar de la claridad de la disposición constitucional, el TCP habilitó en el 2013 a Evo Morales para un tercer periodo. Para el efecto, la Asamblea Nacional emitió la Ley 082 del 22 de febrero de 2013, a través de la cual los periodos de mandato debían contarse desde 2009, es decir, desde la promulgación de la nueva Constitución. En efecto, la Ley 082 contradecía lo establecido en la transitoria de la Constitución. Posteriormente, el 25 de abril de 2013 el TCP avaló dicha Ley mediante cuestionables argumentos de refundación del Estado, declarándola

⁵¹ Sergio Verdugo, “How the bolivian Constitutional Court helped the Morales regime to break the political insurance of the Bolivian Constitution”, portal I.Connect.

⁵² Constitución Política del Estado, disposición transitoria primera, inciso II.

constitucional, y viabilizando así la candidatura de Evo Morales para 2014.⁵³ En los hechos, la decisión del Tribunal permitió postular a una segunda reelección en la que Morales obtuvo el 61 % de los votos.

El TCP también fue clave para viabilizar el referéndum convocado en 2015 que perseguía flexibilizar una vez más la reelección presidencial.⁵⁴ Ello implicó que Evo Morales podría presentarse por una cuarta vez como candidato a una elección presidencial. Sin embargo, en este referéndum realizado en febrero de 2016, el gobierno de Morales sufrió una derrota electoral al perder por un margen de dos puntos porcentuales, lo que aparentemente significó el bloqueo de cualquier posibilidad de reelección para el mandatario.⁵⁵

6.2. La sentencia reeleccionista

En septiembre de 2017, un grupo de senadores y diputados del Movimiento al Socialismo (MAS), el partido de Morales, presentó una acción de inconstitucionalidad abstracta ante el TCP en la que se pedía que se declararan inaplicables los artículos constitucionales que limitan la reelección a una sola vez, por contravenir el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Haciéndose eco de la argumentación de los accionantes, el TCP declaró la aplicación preferente de la Convención sobre las normas constitucionales, lo que permitió la reelección indefinida de Evo Morales en Bolivia.⁵⁶

Según la interpretación del TCP, el artículo 23, numeral 2, de la CADH desarrolla una enumeración taxativa de las condiciones por las cuales puede limitarse el derecho a elegir y ser elegido.⁵⁷ Entre estas condiciones no se incluye el hecho de haber ejercido anteriormente la misma función pública a la que alguien se postula. En consecuencia, el Tribunal señaló que la prohibición de reelección constituye una limitación de la Constitución al derecho a elegir y ser elegido contraria a la CADH. De acuerdo con el artículo 256 de la Constitución boliviana, “los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, que declaren

⁵³ Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0003 de 2013.

⁵⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0194 de 2015.

⁵⁵ Nicholas Casey, “Evo Morales: ¿un villano o líder histórico? Los bolivianos debaten su posible reelección”, *The New York Times*, 29 de enero de 2018.

⁵⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0084 de 2017.

⁵⁷ El artículo 23, numeral 2, de la Convención señala: “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta”. En esta línea, el Tribunal decidió la aplicación preferente de la Convención y la inaplicabilidad de las limitaciones constitucionales a la reelección.⁵⁸

Con el camino abierto para ser reelecto de manera indefinida, Morales volvió a postular a una nueva reelección, esta vez la tercera consecutiva. En diciembre de 2018, el Tribunal Supremo Electoral de Bolivia aprobó la habilitación de la candidatura de Morales, quien, a la fecha, correrá por la presidencia en las elecciones de 2019.

7. ¿Referéndum, reforma legislativa o vía jurisprudencial? Las reformas reeleccionistas en clave comparada

La reelección indefinida fue introducida a través de tres mecanismos: la enmienda constitucional aprobada mediante consulta popular en el caso de Venezuela en 2009; las enmiendas o reformas constitucionales aprobadas por el Legislativo, sin referéndum, en los casos de Nicaragua en 2014 y Ecuador en 2015, y las sentencias interpretativas de las altas cortes en los casos de Nicaragua en 2009 y Bolivia en 2017.

La enmienda constitucional aprobada a través de referéndum fue la vía más compleja en cuanto a su tramitación, dado que no solo requirió aprobación en sede legislativa, sino que debió ser ratificada mediante consulta popular. Solo uno de los cuatro casos que analizamos se tramitó por esta vía: Venezuela en 2009. El caso venezolano ilustra la adopción de la reelección indefinida en el contexto de un presidente que controló una mayoría legislativa subordinada a sus intereses. Esta mayoría no requería acuerdos con otros partidos para lograr reformas constitucionales. Sumado a esta drástica concentración de poder político en el Ejecutivo, la falta de independencia judicial y la desinstitucionalización de órganos como el Consejo Nacional Electoral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia allanaron el camino para que el gobierno de Hugo Chávez lograra introducir la reelección indefinida en la Constitución en 2009, tan solo dos años después de que el pueblo venezolano rechazó mayoritariamente la misma propuesta.

La segunda vía para introducir la reelección indefinida en las constituciones fue la reforma a través del legislativo. Esta vía fue utilizada en los casos de Nicaragua en 2014 y Ecuador en 2015. En ambos casos, los presidentes Ortega y Correa contaron con el apoyo de bancadas legislativas de mayoría. Ortega contó con el respaldo del 68,47 % de escaños legislativos, mientras que Correa con el 72,99 %. Estas mayorías legislativas significaron una garantía para el éxito de las reformas reeleccionistas. Vale destacar que, en el caso ecuatoriano, Correa logró que su propuesta de enmienda

⁵⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0084 de 2017.

fuera aprobada por el Legislativo, sin tener que someterla a consulta popular ratificatoria, gracias a una interpretación de la Corte Constitucional.

Finalmente, el tercer mecanismo de cambio constitucional fue la vía jurisprudencial, es decir, las sentencias de las altas cortes que declararon la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de las disposiciones que limitan la reelección. Tanto en Nicaragua en 2009 como en Bolivia en 2016, los altos tribunales emitieron interpretaciones jurisprudenciales funcionales a los intereses reeleccionistas que, incluso, contrariaron la propia constitución. En ambos casos, la vía jurisprudencial se activó cuando los presidentes no contaron con el respaldo político suficiente para tramitar una reforma por vía legislativa.

Conclusiones

A partir del análisis de los episodios de cambio constitucional de Venezuela (2009), Nicaragua (2009, 2014), Ecuador (2015) y Bolivia (2017) mostramos que la introducción de la reelección indefinida se inscribe en un contexto más amplio que refleja una crisis institucional marcada por la ausencia de controles horizontales al ejecutivo. En efecto, tanto el apoyo mayoritario e irrestricto del legislativo al presidente como el bajo nivel de independencia judicial determinaron el éxito de reformas reeleccionistas que permitieron que una misma persona postule y ejerza la presidencia sin restricciones temporales.

Esta crisis institucional, además, está marcada por constituciones maleables en función de los intereses del presidente de turno. La mayoría de estos presidentes superaron con relativa facilidad los obstáculos formales para la tramitación y aprobación de enmiendas o reformas a la constitución. Cuando ello no fue posible, las cortes constitucionales fungieron como apoyos clave para viabilizar o establecer la reelección indefinida a través de sus decisiones. En Nicaragua y Bolivia, las altas cortes, identificadas con los intereses del ejecutivo, eliminaron los límites constitucionales a la reelección presidencial a través de sentencias que declararon la inaplicabilidad de disposiciones expresas de la constitución. En Venezuela y Ecuador, las cortes habilitaron y legitimaron las propuestas reeleccionistas del presidente.

El hecho de que los países que adoptaron la reelección indefinida actualmente sean caracterizados como semidemocracias, en el caso de Bolivia y Ecuador, y de autoritarismos, en el caso de Nicaragua y Venezuela, no es un dato circunstancial.⁵⁹ La adopción de la reelección indefinida, de hecho, ha constituido un claro atajo en el camino autoritario y desdemocratizador que estos países han transitado durante la última década.⁶⁰

⁵⁹ Steven Levitsky, "Democratic survival and weakness", *Journal of Democracy*, núm. 29, 2018, p. 110.

⁶⁰ Scott Mainwaring y Aníbal Pérez, "La democracia a la deriva en América Latina", *Post-data*, núm. 20, p. 270.

Bibliografía

- AGENCIA AFP, “Correa defiende reelección indefinida en Ecuador y desafía a opositores”, *El Comercio*, 4 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/correa-defiende-reeleccion-constitucion-ecuador.html>
- ALBERT, Richard, “Nonconstitutional amendments”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, núm. 22, 2009.
- _____, “The structure of constitutional amendment rules”, *Wake Forest Law Review*, núm. 49, 2014.
- _____, “How unwritten constitutional norms change written constitutions”, *Dublin University Law Journal*, núm. 38, 2015.
- ALBERT, Richard y Carlos BERNAL, *Cambio constitucional informal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- BASABE, Santiago y Julián MARTÍNEZ, “Ecuador: cada vez menos democracia, cada vez más autoritarismo... Con elecciones”, *Revista de Ciencia Política*, núm. 34, 2014.
- BENAVIDES, Jorge, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, núm. 16, 2018.
- BERNAL, Carlos, Aparicio CAICEDO y Mario SERRAFERO, *Reelección indefinida vs. Democracia constitucional. Sobre los límites al poder de reforma constitucional en el Ecuador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 17.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- BREWER, Allan R., “El juez constitucional vs. la alternabilidad republicana (la reelección continua e indefinida)”, *Revista de Derecho Público*, núm. 117, 2009.
- _____, “Venezuela 2009 referendum on continuous reelection: Constitutional implications”, Columbia Academic Commons, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.7916/D8TM7PB3>
- CAREY, John M., “The reelection debate in Latin America”, *Latin American Politics and Society*, núm. 45, 2013.
- CASEY, Nicholas, “Evo Morales: ¿un villano o líder histórico? Los bolivianos debaten su posible reelección”, *The New York Times*, 29 de enero de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/01/29/evo-morales-reeleccion/>
- CASTRO, José Luis, “Judicial politics in unconsolidated democracies: An empirical analysis of the ecuadorian Constitutional Court (2008-2016)”, *Justice System Journal*, vol. 38, 2017.
- CORRALES, Javier y Michael PENFOLD, “Manipulating term limits in Latin America”, *Journal of Democracy*, núm. 25, 2014.
- GINSBURG, Tom, *Comparative constitutional design*, New York, Cambridge University Press, 2012.

- GINSBURG, Tom, James MELTON y Zachary ELKINS, "On the evasion of executive term limits", *William and Mary Law Review*, núm. 52, 2010.
- GRIJALVA, Agustín y José Luis CASTRO, "Reelección presidencial indefinida y justicia (in)constitucional en América Latina" (manuscrito inédito).
- _____, "La reelección presidencial indefinida en América Latina: análisis crítico de tres argumentos reeleccionistas en la participación ciudadana" (manuscrito inédito).
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Dykinson, 2011.
- LEVITSKY, Steven, "Democratic survival and weakness", *Journal of Democracy*, núm. 29, 2018.
- MAINWARING, Scott y Aníbal PÉREZ, "La democracia a la deriva en América Latina", *Postdata*, núm. 20.
- MARTÍNEZ, Elena y Amelia BRENES, "Y volver, volver, volver...? Un análisis de los casos de intervención de las cortes supremas en la reelección presidencial en Centroamérica", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, núm. 38, 2012.
- _____, "Cortes supremas y candidaturas presidenciales en Centroamérica", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012.
- NEGRETTO, Gabriel L., *Making constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, New York, Cambridge University Press, 2013.
- PENFOLD, Michael, "La democracia subyugada: el hiperpresidencialismo venezolano", *Revista de Ciencia Política*, núm. 30, 2010.
- PENFOLD, Michael, Javier CORRALES y Gonzalo HERNÁNDEZ, "Los invencibles: la reelección presidencial y los cambios constitucionales en América Latina", *Revista de Ciencia Política*, núm. 34, 2014.
- PÉREZ, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- Portal PSUV, "Chávez: hoy comienza la campaña por la enmienda constitucional". Disponible en: <http://www.psuv.org.ve/temas/noticias/Chavez-Hoy-comienza-la-campana-por-la-enmienda-constitucional/#.W4BxFuhKjIU>
- PRIMERA, Maye, "Chávez reabre el proceso para su reelección indefinida", *El País*, 1 de diciembre de 2008. Disponible en: https://elpais.com/diario/2008/12/01/internacional/1228086005_850215.html
- _____, "Luz verde a la reforma constitucional para la reelección indefinida de Chávez", *El País*, 15 de enero de 2009. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2009/01/15/actualidad/1231974005_850215.html
- Resultados del referendo aprobatorio de la enmienda constitucional. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Venezuela/ref09.html>.
- ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- SERRAFERO, Mario, "Reelección y sucesión presidencial. Poder y continuidad en Argentina, América Latina y EE.UU.", *América Latina Hoy. Revista de Ciencias Sociales*, núm 17, 1997.

_____, “La reelección presidencial indefinida en América Latina”, *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, núm. 54, 2011.

TREMINIO, Ilka, “Las reformas a la reelección presidencial en América Latina”, *Estudios Sociológicos*, núm. 91, 2013.

VERDUGO, Sergio, “How the bolivian Constitutional Court helped the Morales regime to break the political insurance of the bolivian Constitution”. Disponible en: <http://www.iconnectblog.com/2017/12/how-the-bolivian-constitutional-court-helped-the-morales-regime-to-break-the-political-insurance-of-the-bolivian-constitution/>

VICIANO, Roberto y Gabriel MORENO, “Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes constitucionales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22.

Allan R. Brewer-Carías* (Venezuela)

Democracia, participación y descentralización en la consolidación del Estado democrático y social de derecho

RESUMEN

Partiendo de los aportes de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 a la formación del concepto del Estado democrático y social de derecho, este estudio tiene por objeto estudiar el concepto de democracia representativa, sus elementos esenciales y, entre ellos, el control del ejercicio del poder, en particular, a partir del debate constituyente en Venezuela en 1999, destacando los peligros del discurso autoritario basado en la supuesta sustitución de la democracia representativa por una falaz propuesta de “democracia participativa” que, desconociendo la participación como esencia histórica de la democracia y como fenómeno de la vida local, condujo a la implantación de un llamado “Estado comunal” o del “poder popular”, manipulado por el régimen autoritario para acentuar el centralismo y destruir la democracia representativa.

Palabras clave: democracia, participación, descentralización.

ZUSAMMENFASSUNG

Anhand des Beitrags, den das Bonner Grundgesetz von 1949 zum Aufbau des demokratischen und sozialen Rechtsstaats geleistet hat, untersucht die vorliegende Studie das Konzept der repräsentativen Demokratie und ihrer grundlegenden Elemente. Dabei geht sie von der venezolanischen Verfassungsgebungsdebatte von 1999 aus und befasst sich insbesondere mit der Kontrolle der Macht. Dabei setzt sie den Akzent auf den autoritären Diskurs über die vermeintliche Ablösung der repräsentativen Demokratie durch das trügerische Projekt der „partizipativen Demokratie“, das unter Missachtung der Partizipation als historisches Wesensmerkmal der Demokratie

* Profesor emérito, Universidad Central de Venezuela; profesor de la cátedra Simón Bolívar, Universidad de Cambridge (1985-1986); profesor invitado, Universidad de París II (1989-1990); profesor adjunto, Universidad de Columbia, Nueva York (2006-2008). allanbrewercarias@gmail.com www.allanbrewercarias.com

und als Phänomen des Zusammenlebens vor Ort zur Einführung des sogenannten „kommunalen Staates“ bzw. der „Volksgewalt“ unter dem Einfluss eines autoritären Regimes führte, das sich die Stärkung des Zentralismus und die Zerstörung der repräsentativen Demokratie vorgenommen hat.

Schlagwörter: Demokratie, Partizipation, Dezentralisierung.

ABSTRACT

Starting with the contributions of the Basic Law of Bonn of 1949 to the formation of the concept of the democratic and social state based on the rule of law, the purpose of this article is to study the concept of representative democracy and its essential elements, including the control of the exercise of power. In particular, based on the constituent debate in Venezuela in 1999, it highlights the dangers of authoritarian discourse based on the supposed substitution of representative democracy by a fallacious proposal of “participatory democracy” which, ignoring participation as a historical essence of democracy and as a phenomenon of local life, led to the implementation of a so-called “communal state” or “popular power,” manipulated by the authoritarian regime in order to accentuate centralism and destroy representative democracy.

Key words: Democracy, participation, decentralization.

1. Un motivo para recordar: los aportes al constitucionalismo democrático de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949

En el año del jubileo de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, cuando se celebran los 70 años de su sanción en Bonn el 23 de mayo de 1949, bien vale la pena recordar la importancia de la misma, entre otros aspectos, por haber acuñado por primera vez en un texto constitucional contemporáneo el concepto de Estado democrático y social de derecho. Esa tendencia fue luego seguida en muchas otras constituciones en Europa y América como, por ejemplo, la Constitución española de 1978 (art. 10: Estado social y democrático de derecho), la Constitución de Colombia de 1991 (art. 1: un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista) y la Constitución de Venezuela de 1999 (art. 2: Estado democrático y social de derecho y de justicia).

Pero la Constitución alemana no se quedó, por supuesto, en la sola acuñación del concepto, utilizando la expresión “Estado federal democrático y social” (art. 20.1), sino que lo fue moldeando en su articulado, como un principio fundamental, comenzando por la declaración sobre los *derechos fundamentales*, con el reconocimiento

por el pueblo alemán de “los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (art. 1.2); de la obligación de “todo poder público” de respetar y proteger “la dignidad humana que es intangible” (art. 1.1), y declarar que todos los derechos fundamentales manifiestos en la Constitución “vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable” (art. 1.3). Estas previsiones son tan importantes que la Constitución las reguló como cláusulas pétreas, no reformables (art. 79.3).

Partiendo de esa base esencial, la Constitución alemana estableció como principio fundamental del “orden estatal” que reguló, el de la *democracia representativa*, al indicar que “todo poder del Estado emana del pueblo”, siendo este poder “ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial” (art. 20.2). El principio de la democracia representativa se reafirmó al asegurarla en el marco de la descentralización política o de distribución vertical del poder, no solo a nivel federal, sino en los *Länder*, distritos y municipios, donde se dispuso que “el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas” (art. 28.1).

De esta forma, además del principio fundamental del orden estatal anunciado en el artículo 20.2 citado, que es el de la separación de poderes, con el componente esencial de que “los jueces son *independientes* y están sometidos únicamente a la ley” (art. 97.1), se reguló el principio de la *distribución vertical del poder* en el marco de la federación como esquema para la descentralización y la participación política.

La norma del artículo 20, por otra parte, agregó, además, un tercer principio que fue el de la *supremacía constitucional* y el *principio de legalidad*, al disponer que “el poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho” (art. 20.3). Principios todos estos tan esenciales del orden estatal que en el propio texto constitucional se declaró que “contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el *derecho de resistencia* cuando no fuere posible otro recurso” (art. 20.4).

Todos los anteriores principios definidos en el artículo 20 de la Constitución son de tanta importancia, que en la misma se los reguló como cláusulas pétreas, no reformables (art. 79.3).

Entre los principios fundamentales del orden estatal establecidos en la Constitución se destaca, vinculado al de la democracia representativa en todos los niveles territoriales de gobierno (*Länder*, distritos y municipios), el derecho a la participación política, para lo cual una pieza fundamental establecida en la Constitución fue la descentralización política, producto de la distribución del poder en el sistema federal, la cual garantiza, además, un régimen municipal que establece el derecho de los municipios “a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local”, y les asegura “el derecho de autonomía administrativa”, el cual “abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera” (art. 28.2).

Tan importante es la forma federal del Estado en la Constitución, que la misma se reguló como una cláusula pétrea, no reformable. Por ello, el artículo 79.3 dispone que “no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación”.

Luego de establecer todos estos principios del Estado democrático, a lo largo de su articulado la Constitución de Bonn reiteró el propósito fundamental del orden estatal de asegurar su respeto en todas las circunstancias, haciendo específica referencia a: i) “los principios del Estado de derecho” (art. 16.2); ii) el “orden constitucional de los *Länder*” para que responda “a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social” (art. 28.1), y que la legislación de la Federación asegure la “defensa del régimen fundamental de libertad y democracia” (art. 73.10); iii) que pueda hacerse uso de la Fuerza Armada para preservar “el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*” (art. 87.a.4) y que pueda decretarse el estado de emergencia “para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*” (art. 91.1); y iv) que se puedan establecer ciertas restricciones a algunos derechos fundamentales para “proteger el régimen fundamental de libertad y democracia” (arts. 10.1; 11.2; 18; 21.2).

Además, en el texto de la Constitución, en relación con la nueva realidad europea, en una reforma posterior se agregó el principio de que para “la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democráticos, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiariedad y garantiza una protección de los derechos fundamentales” (art. 23.1).

Todos estos principios recogidos en la Constitución de Bonn de 1949 para la organización del Estado, en el marco general de un “Estado democrático y social de derecho”, por supuesto, vinieron a reafirmar, en uno de los países mayormente afectados a mitades del siglo pasado por el nazismo destructivo de la democracia y la guerra, todos los principios fundamentales que conformaron el constitucionalismo moderno y que se fueron diseminando en el mundo democrático con los principios que derivaron de las revoluciones norteamericana (1776) y francesa (1789), de finales del siglo XVIII, y la revolución hispanoamericana (1810) de principios del siglo XIX.¹

Entre esos principios, en los que queremos insistir en estas notas, se destacan los referidos a la democracia, la participación y la descentralización, que siguen estando en el debate del derecho constitucional.

¹ Véase Allan R. Brewer, *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica* (Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Goberna Las Américas), Miami-Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016; *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª. ed. ampliada, Serie Derecho Administrativo núm. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.

2. Sobre la democracia representativa y el debate constituyente en Venezuela en 1999

El principio de la democracia representativa comenzó a ser, en la historia del constitucionalismo moderno, el principio predominante en los regímenes políticos de Occidente cuando la soberanía –como supremo poder de decisión en una sociedad determinada– pasó de ser el poder de un monarca absoluto, sin límites, de la cual era titular “por la gracia de Dios”, y comenzó a ser el poder del pueblo, ejercido mediante representantes.

Por ello, desde las mencionadas revoluciones, el constitucionalismo moderno ha estado signado por el principio de la democracia representativa, es decir que en virtud de que la soberanía reside en el pueblo, este la ejerce mediante representantes electos (democracia representativa), y se descarta cualquier idea de gobiernos basados exclusivamente en mecanismos de democracia directa, como asambleas, consultas populares o referendos, entre otros, por la imposibilidad de su operatividad en las sociedades contemporáneas.

La democracia directa, en realidad, ni ha existido ni puede existir en el mundo contemporáneo, por lo que no es más que un engaño pretender formularla como solución alternativa frente a la democracia representativa, la cual, lejos de desaparecer lo que hay es que perfeccionarla. Sus defectos, vicios, problemas o deformaciones lo que tienen que provocar es su perfeccionamiento y transformación para hacerla más representativa del pueblo y para permitir que el ciudadano pueda participar más y efectivamente en los asuntos públicos, lo que solo es posible acercando el poder al ciudadano, es decir, distribuyendo el poder público en el territorio, de manera que en cada comunidad y localidad territorial exista una forma de gobierno en la cual se pueda participar políticamente.

La democracia, por tanto, lo que requiere es revalorización, como gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, fundamentada en los valores que la conforman como régimen político –y que son mucho más que la elección regular de representantes– como la igualdad, la libertad, la tolerancia, el pluralismo, la dignidad de la persona humana, el sometimiento al derecho y la limitación del poder, los cuales, por lo demás, han quedado plasmados en la Carta Democrática Interamericana de 2001.² Por ello, en democracia, ningún poder puede ser ilimitado, ni puede haber

² Entendemos por democracia, conforme a la Carta Democrática Interamericana de 2001, el régimen político en el cual esté garantizado: i) que el poder del Estado esté organizado conforme a un sistema de separación e independencia de poderes; ii) que el acceso al poder y su ejercicio se realice con sujeción al Estado de derecho, iii) mediante elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo, iv) realizadas en un régimen plural de partidos y organizaciones políticas; v) donde se respetan y protejan los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular, los derechos sociales, y la libertad de expresión y de prensa (art. 3); y donde también esté garantizada: vi) la transparencia de las actividades gubernamentales; vii) la probidad y la responsabilidad del

concentración del poder político en unas solas manos o en un grupo de personas, sino que, al contrario, este tiene que estar distribuido y separado de manera que el poder sea quien frene al poder.

Por ello, es necesario preservar y revalorizar la democracia representativa repudiando el discurso autoritario que pretende sustituirla por un régimen político donde no existan los valores mencionados; y eso es lo que se ha venido escondiendo tras el discurso autoritario que pregona “sustituir” la democracia representativa por la democracia participativa.³

La idea de buscar reemplazar la democracia representativa por una supuesta “democracia participativa y protagónica” se comenzó a plantear en Venezuela, en concreto, a raíz de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, que había sido promovida por Hugo Chávez, tema sobre el cual, en su discurso dado en la sesión de instalación de la misma, en agosto de 1999, expresó la necesidad de que los constituyentes diseñaran “una auténtica democracia representativa, participativa y protagónica”, insistiendo que no bastaba “hablar de democracia participativa como si ese fuese el fin”, sino que “la participación debía ser un instrumento para lograr un fin”, porque, se preguntaba, “¿de qué nos vale que todos participen hablando, levantando la mano o discursando o escribiendo?”.

Frente a ello, Chávez planteó el concepto de “democracia participativa y protagónica” como “protagonismo popular” que, dijo, era “un concepto bolivariano, democrático y eminentemente revolucionario”, que se acerca a “los mecanismos de una democracia directa” para darle “al pueblo diversos mecanismos como los plebiscitos, los referenda, las asambleas populares, las consultas populares, las iniciativas de leyes”. Todos estos mecanismos, propuso Chávez a los constituyentes, debían quedar “insertados en la nueva Carta Fundamental para que sea vinculante la participación y para que no sea, sencillamente, un participar por participar, sino un instrumento de construcción, de protagonismo y de democracia verdadera, de participación efectiva, vital para construir un país, un rumbo, un proyecto”.⁴

Incluso, conforme a esas ideas, en el documento que presentó el Chávez, como presidente, a la consideración de la Asamblea Nacional Constituyente con el título

Gobierno en la gestión pública; viii) y la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida; es decir, en fin, ix) donde el respeto al Estado de derecho por el Gobierno y por todas las entidades y los sectores de la sociedad esté garantizado (art. 4). Eso es democracia, y lo importante de concebirla conforme a esos nueve elementos que, en realidad, no son más que expresiones de viejos y nuevos derechos políticos de los ciudadanos; con ellos, en conjunto y en definitiva, lo que se busca es asegurar la posibilidad de que el ejercicio del poder político esté sometido a controles efectivos, tanto por parte de los ciudadanos como por parte de los órganos del propio Estado.

³ Véase Allan R. Brewer, “La democracia, la descentralización y la participación, en el centro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente (1999)”, *El Mundo*, 1999.

⁴ Véase Allan R. Brewer, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente (1999)*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, t. VI, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013, pp. 393 y ss.

“Ideas fundamentales para la Constitución Bolivariana de la V República”, en el artículo correspondiente a la soberanía, no se hizo referencia alguna al sufragio como principio de la democracia representativa, para la conformación de los órganos del poder público, mediante los cuales, indirectamente, el pueblo puede ejercer la soberanía. Igualmente, en el “Proyecto de articulado formulado para el Título I de la Constitución”, por esa comisión constitucional, tampoco se hizo referencia alguna al principio fundamental de la democracia representativa, que es uno de los valores y principios de nuestra historia republicana, reduciéndolo conceptualmente a la democracia directa.⁵ Ello llevó a que en el informe final de la Comisión de Régimen Político, se excluyera toda referencia al ejercicio indirecto de la soberanía y a la democracia representativa, y se propuso entonces incluir entre las Disposiciones Fundamentales de la Constitución, el siguiente artículo: “La República de Venezuela es democrática porque su esencia misma radica en la participación activa del pueblo en la formación y ejecución de las decisiones públicas, siendo dicha participación el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice el completo desarrollo individual colectivo”.

Ante esta propuesta insistimos en que la “democracia requiere tanto de la participación directa, en tanto que ‘participación activa’, como de la participación indirecta, mediante el ejercicio indirecto del poder, esencia de la *democracia representativa*”.⁶

En todo caso, si bien dicha propuesta no fue aprobada, el discurso autoritario, basado además en las críticas que se habían hecho durante años sobre el funcionamiento de la democracia representativa y sobre el monopolio de la representación que habían asumido los partidos políticos, en nombre de un supuesto y engañoso “nuevo constitucionalismo”,⁷ tuvo sus efectos directos en la eliminación del texto constitucional del carácter “representativo” del Gobierno democrático, contrariando la tradición constitucional que se remontaba al texto de la Constitución de 1811 (arts. 143, 144 y 145),⁸ con formulación expresa a partir de la Constitución de 1858 en un texto (art. 7, “El gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo”), que se conservó siempre hasta entonces (1999).

⁵ *Ibid.*, pp. 646 y ss.

⁶ Véase el texto “Principios generales sobre derechos políticos. Comunicación dirigida al presidente y demás miembros de la Comisión Constitucional en la sesión del 06-10-1999”, en Brewer, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente (1999)*, op. cit., pp. 642 y ss.

⁷ Véase Allan R. Brewer, *El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la destrucción del Estado democrático por el juez constitucional. El caso de Venezuela*, Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Madrid, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2018.

⁸ Véase el texto de todas las constituciones de Venezuela en Allan R. Brewer, *Las constituciones de Venezuela*, 2 vols., Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008.

En los trabajos de las comisiones de la Asamblea Nacional Constituyente, sin duda, el discurso antidemocrático representativo había calado, por lo que en el artículo 6 de la Constitución sancionada, al definirse el gobierno de la República, se estableció que el mismo sería siempre “democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”, eliminándose de la terminología constitucional el carácter “representativo” de la democracia, que fue sustituido por el carácter “electivo” de la misma.

En todo caso, ante la propuesta formulada en tal sentido, en mi carácter de miembro independiente electo de la Asamblea, en septiembre de 1999 dirigí una comunicación a la Comisión Constitucional y a la Comisión de Régimen Político sobre “la regulación del principio democrático representativo y participativo”,⁹ en la cual planteé, advirtiendo de entrada que consideraba que “sería un fraude constitucional que hayamos elegido una Asamblea Constituyente en democracia”, el que sin embargo se “buscara o propugnara acabar con la democracia y con los principios del republicanismo representativo, y establecer cualquier sistema de gobierno autoritario o autocrático”. Y agregaba:

Por tanto, el principio fundamental que limita las labores de la Asamblea Nacional Constituyente es el de la democracia representativa, es decir, que la soberanía popular tiene que ejercerse, mediante elecciones, por representantes del pueblo.

Ello implica que nadie, pero nadie, puede atribuirse la representación del pueblo y que, además, el mismo pueblo no puede ejercer directamente la soberanía, sino a través de representantes, o mediante los mecanismos de democracia directa que se regulen.

El principio del gobierno republicano de democracia representativa, en consecuencia, tiene que ser respetado y resguardado por la Asamblea Nacional Constituyente, por ser un imperativo derivado de la voluntad popular manifestada en el *Referéndum Consultivo* del 25 de abril de 1999. Se consultó al pueblo sobre las bases para la elección de la Asamblea Nacional Constituyente y el pueblo, en ejercicio de su derecho de participación, decidió como Poder Constituyente Originario que la Asamblea tiene como límite los principios y valores de nuestra historia republicana, es decir, entre otros, el de que la soberanía popular se ejerce mediante la elección de representantes del pueblo.

Pretender sustituir el principio republicano de democracia representativa por una supuesta democracia directa, podría significar, en definitiva, centralizar y concentrar el poder, autocráticamente, lo cual sería esencialmente antidemocrático.

⁹ Véase Brewer, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente (1999)*, op. cit., pp. 518 y ss., 523 y ss.

La democracia, ciertamente, tiene que ser más participativa y más representativa, lo cual exige entre otros factores distribuir territorialmente, pero efectivamente, el Poder, de manera que esté cerca de los ciudadanos. Pero en todo caso, ese poder en el cual debe participarse, solo puede ejercerse mediante representación, por funcionarios electos.¹⁰

Por ello, en definitiva, luego de que en la sesión plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente del 12 de noviembre de 1999 se aprobara la norma del artículo 6 de la Constitución en la que se eliminaba el calificativo de “representativo” del Gobierno y se sustituía por el calificativo de “electivo”, salvé mi voto insistiendo en la necesidad de que se mantuviera el calificativo de “representativo” al definir al Gobierno de la República como democrático, ya que la representación es de la esencia de la democracia.¹¹

3. La democracia y los peligros del discurso autoritario¹²

El debate constituyente sobre la democracia representativa y la eliminación del término en la Constitución venezolana de 1999 evidenció que si algo había resultado de la práctica democrática de la mayoría de los países de América Latina, era la toma de conciencia de que la democracia, como régimen político, no podía quedar reducida a garantizar solo la elección de los gobernantes. Más bien, tenía que ser concebida como una alianza global entre los gobernados, que eligen, y los gobernantes electos, dispuesta para garantizar, por una parte, que el ejercicio del poder por los últimos sea efectivo, y, por la otra, la participación de los primeros en la conducción política de la sociedad, todo basado en la primacía que debe tener el ser humano, y con él, su dignidad y sus derechos.

Pero llegar a esta conclusión no fue ni ha sido fácil. Los ciudadanos de nuestros países, de cara a nuestras democracias, han tenido que enfrentar y siguen enfrentando tremendas incomprensiones y distorsiones que, tanto de buena como de mala fe, derivan de un discurso político persistente que se solaza en la crítica de las muchas deficiencias que ha mostrado la práctica de la democracia representativa, la cual, efectivamente, en muchos países ha terminado por no representar a los diversos componentes de la población. Esa práctica democrática, por otra parte, en muchos casos no ha logrado servir de instrumento para la efectiva construcción de

¹⁰ Sobre lo anterior véase Allan R. Brewer, *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 287-288.

¹¹ Véase Brewer, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente (1999)*, *op. cit.*, pp. 523.

¹² Véase Allan R. Brewer, “La democracia representativa y la falacia de la llamada ‘democracia participativa’”, en Jorge Fernández (coord.), *Estudios de derecho electoral. Memoria del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011, pp. 25-36.

sociedades donde el ciudadano logre sentirse incluido, y participe en el quehacer político que en muchas ocasiones ha quedado secuestrado por los partidos políticos.

Ello fue lo que dio origen, entre otros factores, al clamor que tan seguidamente aún se oye en nuestros países latinoamericanos por la construcción de una “democracia participativa”, la cual, la verdad sea dicha, muchos demócratas confunden con la “democracia directa”, llegando incluso a preferirla respecto de la “democracia representativa”; y muchos otros, no demócratas, la esgrimen con el deliberado propósito de, precisamente, acabar con esta última, confundiendo la movilización popular con la participación.

En todo caso, todo ello ha conducido al establecimiento de un falso enfrentamiento entre la “democracia representativa”, a la cual se ataca despiadadamente, y la “democracia participativa”, por la cual se clama, a veces incluso planteando el tema como una dicotomía que no existe, como si la segunda –la democracia participativa– pudiera sustituir a la primera; falsa dicotomía en la cual ciertamente, y sin quererlo, muchos demócratas han caído de manera inadvertida buscando de buena fe el perfeccionamiento de la democracia representativa; y también, queriéndolo y de mala fe, muchos otros falsos demócratas la han propugnado, ocultando la faz y las fauces del autoritarismo, con la pretensión de sustituir la democracia representativa, en fraude a la propia democracia.

Todo ello exige, así sea repetitivo, reflexionar sobre la democracia representativa y su significado político; sobre las exigencias de la participación ciudadana, en el sentido de que la democracia, sin dejar de ser representativa, debe asegurar la inclusión del ciudadano en el proceso político; y sobre la falsedad de los cantos de sirenas que se siguen oyendo con persistente difusión, aun cuando con menos intensidad ya transcurridos más de 20 años de la introducción en América Latina de las ejecutorias del denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” –precisamente en Venezuela, de la mano de Hugo Chávez–,¹³ de la llamada “democracia participativa” para acabar con la representación.

Es cierto que aún en muchos países, y a pesar de lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana de 2001, la democracia representativa ha sido reducida materialmente a ser un mecanismo dispuesto para la sola elección de gobernantes –y por ello aún se habla tanto de democracia formal–, sin lograr satisfacer las exigencias de participación de los ciudadanos, quienes sin duda se han sentido excluidos del proceso político. Y también es cierto que, ante tantas insatisfacciones de vieja data, todavía no se ha logrado realmente implementar lo que es necesario para hacer de la democracia representativa el instrumento de inclusión política que pueda asegurar la participación ciudadana.

Y es precisamente en medio de esas realidades, de estas insatisfacciones y de las frustraciones que derivan, donde con mayor fuerza soplan los vientos del falaz

¹³ Véase lo expuesto en Brewer, *El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la destrucción del Estado democrático por el juez constitucional*, op. cit.

discurso autoritario que, vendiendo la idea de la participación, en realidad lo que busca es sustituir la democracia representativa pero, contradictoriamente, en nombre de una supuesta participación, eliminar el único instrumento político que puede de manera efectiva permitir la participación ciudadana que es el sufragio, acompañado de la descentralización política, esta última como aquella que puede dar origen al desarrollo de gobiernos locales, que es, en definitiva, donde se puede asegurar la inclusión política.¹⁴

Lo que debe tenerse claro desde las trincheras democráticas es que esta llamada democracia participativa en el discurso autoritario, que busca excluir la representación mediante sufragio a nivel local y, con ello, todo vestigio de descentralización política, pretendiendo que funcione montada sobre instituciones de democracia directa como asambleas de ciudadanos y consejos comunales a la usanza de los soviets de hace más de cien años, en realidad, es imposible que pueda permitir y asegurar una efectiva participación política del ciudadano en la conducción de los asuntos públicos, como solo la descentralización y la municipalización pueden lograrlo.

En realidad, en ese discurso autoritario de la democracia participativa, lo único que la misma ofrece es la posibilidad de movilización popular conducida y manejada desde el centro del poder, mediante partidos únicos como mecanismos de dominación, por lo que de democracia solo tiene el nombre, el cual es hábilmente utilizado por quienes se aprovechan de tantos fracasos políticos de democracias representativas reducidas a asegurar la elección de gobernantes.

Desde hace años hemos estado en presencia, en realidad, sobre todo en el mundo latinoamericano, de un engañoso eslogan propagandístico, el cual, sin embargo, hay que reconocerlo, no deja de tener su atractivo, sobre todo porque quienes claman por que se asegure más participación piensan que ello se puede lograr con la sola movilización popular.¹⁵

¹⁴ Entendemos por 'descentralización política', en consecuencia, el proceso de distribución vertical del poder público entre diversos niveles territoriales de gobierno, constituidos con autonomía política, normativa y administrativa, y cuyas autoridades deben ser siempre electas mediante sufragio universal, directo y secreto. La descentralización política es, por tanto, un concepto totalmente diferente al de la 'descentralización administrativa' o funcional que se produce en la administración pública, con la creación de institutos autónomos, corporaciones o empresas estatales; y de la 'desconcentración administrativa', que implica solo la transferencia de competencias en diversos niveles de una misma organización administrativa, como sucede, por ejemplo, de un órgano de la administración central a una dependencia regional de la misma administración central (véase Allan R. Brewer, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991; y *Derecho administrativo*, t. II, *La organización administrativa y la administración pública nacional. Los Estados y la administración pública estatal. Los municipios y la administración pública municipal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, 2006).

¹⁵ Entendemos por participación política, como opuesto a exclusión, todo mecanismo mediante el cual el ciudadano pueda participar –ser parte– en la conducción de los asuntos públicos, lo que se logra, por supuesto, en primer lugar, mediante el ejercicio del derecho al sufragio para elegir y de votar en referendos de cualquier naturaleza; en segundo lugar, mediante

Pero como señalé, la verdad es que el eslogan lo que oculta es un feroz modelo de gobierno autoritario que creíamos superado en nuestro continente, como se ha evidenciado en Venezuela durante los últimos veinte años, donde apareció envuelto con ropa militar de camuflaje, con pintas populares y de legalidad, con algún apoyo de masas empobrecidas que lo que han recibido han sido dádivas, pero sin que se hubiese generado riqueza ni empleo.

Así, por ejemplo, en Venezuela vimos florecer un neopopulismo rico o petrolero desatado y rampante, que lo que ha hecho es repartir para lograr apoyos populares, pero sin lograr disminuir la pobreza –más bien la aumentó y generalizó– y, sobre todo, sin asegurar la democracia como forma de vida.¹⁶

En medio de toda esta confusión, y de los discursos tanto democráticos como autoritarios que, al unísono, desde sus propias trincheras claman por la democracia participativa, lo que se impone es comenzar por tratar de poner orden en el debate y distinguir lo que en realidad es la democracia como régimen político que, por esencia, es contrario al autoritarismo.

Para ello, necesariamente, hay que comenzar por replantearnos los principios básicos de la democracia, y tratar de situar, entonces, el concepto de la democracia participativa donde corresponde, que es allí donde haya efectiva representación en el ámbito de la vida y del gobierno local.

4. Sobre los elementos esenciales de la democracia y el control del ejercicio del poder

En el mundo contemporáneo, sin duda, ya no hay otra forma de definir la democracia como régimen político que no sea identificando sus elementos esenciales y sus componentes fundamentales, los cuales, por lo demás, desde 2001 se encuentran plasmados en un excepcional instrumento internacional destinado precisamente a regularla, como es la Carta Democrática Interamericana de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyos elementos básicos fueron recogidos en 2007 en la Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernabilidad.

la membresía en partidos políticos y otras sociedades intermedias, que tiene por objeto participar en la vida política de un país, pero con mayor eficiencia e intensidad; en tercer lugar, mediante la integración efectiva en los diversos mecanismos que deben instrumentarse en los niveles territoriales inferiores de la distribución vertical del poder, en las entidades locales, municipales o comunales. Si estas no están adecuadamente establecidas para la conducción de la vida local, la necesidad de participación política quedará insatisfecha, si queda reducida solo a los dos mecanismos tradicionales mencionados.

¹⁶ Véase lo expuesto en Allan R. Brewer, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

Allí se identifica a la democracia como un régimen político en el cual tienen que estar garantizados los siguientes *elementos esenciales*: el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, como expresión de la soberanía del pueblo; la existencia de un régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

Todos los ciudadanos, en un régimen democrático, puede decirse que tienen derecho a la democracia¹⁷ y, en consecuencia, a todos esos elementos esenciales, es decir, derecho al respeto de sus derechos, al Estado de derecho, al sufragio, a los partidos políticos, a la separación de poderes, los cuales pueden ser considerados, por lo demás, como derechos políticos; el sufragio es solo uno de ellos.

Lo importante de concebir la democracia conforme a esos elementos, no solo es tomar conciencia de que ella no se agota en el sufragio, sino que todos ellos, en conjunto, lo que buscan es asegurar a los ciudadanos la posibilidad de ejercer un control efectivo del ejercicio del poder por parte de los gobernantes. De eso se trata la democracia, del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos y de la posibilidad real para estos de controlar dicho ejercicio, el cual necesariamente presupone, además, otros componentes esenciales de la democracia, como la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; el respeto de los derechos sociales y de la libertad de expresión y de prensa; la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado, incluido el componente militar, a la autoridad civil legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho por todas las entidades y los sectores de la sociedad (art. 4).

Por tanto, la democracia es mucho más que elecciones y participación, esta se configura como un sistema político dispuesto para asegurar el control del poder, que es a lo que en definitiva el ciudadano en una democracia tiene derecho, incluso participando en su ejercicio. Por ello la importancia, por ejemplo, del principio de la separación de poderes, del cual en definitiva dependen todos los otros elementos de la democracia, pues solo controlando el poder es que puede haber elecciones libres y justas, así como efectiva representatividad; solo controlando el poder es que puede haber pluralismo político; solo controlando el poder es que podría haber efectiva participación democrática en la gestión de los asuntos públicos; solo controlando el poder es que puede haber transparencia administrativa en el ejercicio del gobierno, así como rendición de cuentas por parte de los gobernantes; solo controlando el poder es que se puede asegurar un gobierno sometido a la Constitución y las

¹⁷ Véase Allan R. Brewer-, “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia”, en Sergio J. Cuarezma y Rafael Luciano (dirs.), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), 2011, pp. 73-94.

leyes, es decir, un Estado de derecho y la garantía del principio de legalidad; solo controlando el poder es que puede haber un efectivo acceso a la justicia de manera que esta pueda funcionar con efectiva autonomía e independencia; y en fin, solo controlando el poder es que puede haber real y efectiva garantía de respeto de los derechos humanos.

De lo anterior resulta, por tanto, que solo cuando existe un sistema de control efectivo del poder es que puede haber democracia, y solo en esta es que los ciudadanos pueden encontrar asegurados sus derechos debidamente equilibrados con los poderes públicos.

Por ello es que antes calificaba a la democracia como una alianza destinada a asegurar el control del poder, lo que implica, entre otros, tres derechos políticos claves que los ciudadanos tienen, y que son, además del derecho a la separación de poderes, el derecho a la distribución vertical o territorial del poder para asegurar la participación política y el derecho al control judicial del ejercicio del poder, para asegurar la vigencia de los derechos humanos y el sometimiento del Estado al derecho.

Lo cierto es que, como lo enseña la historia de la humanidad, demasiada concentración y centralización del poder, como ocurre en cualquier régimen autoritario, por más velo democrático que lo cubra por su eventual origen electoral, inevitablemente conduce a la tiranía; y el mundo contemporáneo ha tenido demasiadas experiencias que ya han mostrado toda suerte de tiranos que precisamente usaron el voto popular para acceder al poder y que, luego, mediante su ejercicio incontrolado, desarrollaron gobiernos autoritarios, contrarios al pueblo, el cual fue movilizad al antojo de los gobernantes quienes acabaron con la propia democracia y con todos sus elementos, comenzando por el respeto de los derechos humanos. Este es, precisamente, el caso de Venezuela en los últimos 20 años.

Por ello, los gobiernos autoritarios no soportan la existencia de un sistema de descentralización política o de distribución vertical del poder público hacia entidades territoriales dotadas de autonomía política que estén más cerca del ciudadano, que es lo único que puede garantizar la efectiva posibilidad de la participación política democrática en la toma de decisiones y en la gestión de los asuntos públicos. Este es el caso de la República Federal de Alemania, que parte de las previsiones de la Constitución de Bonn de 1949.

Es decir –y es bueno destacarlo siempre porque se olvida–, cuando se habla de democracia participativa, esta solo es posible cuando el poder está cerca del ciudadano, lo que solo se logra multiplicando autoridades locales dotadas de autonomía política.¹⁸ Y tan imbricada está la participación a la descentralización, que en los países altamente descentralizados, como la participación es cotidiana, no existe el clamor por esta que, en cambio, se aprecia en los países centralizados.

¹⁸ Allan R. Brewer, “El municipio, la descentralización política y la democracia”, *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre de 2001, pp. 53-61 (México, 2003); y *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pp. 105-125 y 127-141.

Por ello, la participación política no es simple movilización popular ni se logra estableciendo mecanismos asamblearios de democracia directa. La participación política es la cotidianidad de la vida ciudadana, que en democracia solo se asegura a nivel local, en unidades territoriales políticas y autónomas descentralizadas donde se practique el autogobierno mediante representantes electos en forma directa, universal y secreta.

Por ello es que nunca ha habido autoritarismos descentralizados, y menos aún autoritarismos que hayan podido permitir el ejercicio efectivo del derecho a la participación política. Al contrario, en nombre de esta, lo que han impuesto es la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos, independientemente de que hayan sido electos, eliminando incluso el sufragio universal en supuestos niveles comunitarios y participativos.

Por esta razón, insisto, es que los autoritarismos temen y rechazan tanto la descentralización política como la participación democrática y, en su lugar, lo que usualmente hacen es concebir parapetos políticos de control del poder a través de asambleas de ciudadanos controladas por el poder central o por un partido de gobierno, como los consejos comunales que se crearon en Venezuela,¹⁹ configurados como instituciones de manejo centralizado, dispuestas para hacerle creer al ciudadano que participa, cuando lo que se hace es, si acaso, movilizarlo en forma controlada y para someterlo, a fin de asegurar su dependencia del poder.

De todo lo anterior resulta, por tanto, que para que pueda existir democracia como régimen político, no son suficientes las declaraciones contenidas en los textos constitucionales que hablen de derecho al sufragio y de participación ciudadana; ni siquiera de separación de poderes. Tampoco bastan las declaraciones constitucionales sobre “democracia participativa” o incluso sobre descentralización del Estado; ni las solas enumeraciones de los derechos humanos.

Además de todas esas declaraciones, en la práctica política democrática es necesario que se pueda asegurar de manera efectiva la posibilidad de controlar el poder. Solo así se puede hablar de democracia, la cual, además de implicar siempre la representación, es un sistema para la participación. Lo único es que esta última no puede quedar reducida a participar en elecciones o votaciones.

5. Sobre la democracia: la representación y la participación

Lo que queda claro es que el ejercicio de la democracia, como derecho ciudadano, implica siempre la conjunción de dos principios fundamentales, la representación y

¹⁹ Ley de los Consejos Comunales, *Gaceta Oficial*, núm. 5.806 extraordinario, de 10 de abril de 2006, reformada en 2009; *Gaceta Oficial*, núm. 39.335 de 28 de diciembre de 2009. Véase Allan R. Brewer, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del poder popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo*, 2007, pp. 49-67; *Ley de los Consejos Comunales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

la participación, que no son excluyentes, pues el sufragio, es decir, votar para elegir representantes, en realidad es la forma primaria de participar en la vida política, como lo puede ser también votar en algún referendo.

Ello es así, incluso, aun cuando tengan circunstancialmente peso diverso, como por ejemplo, cuando la democracia al ser representativa solo asegure en forma deficiente la participación. Lo contrario, en cambio, no es posible en el sentido de que no puede haber democracia que sea supuestamente participativa, sin representación, es decir, sin sufragio universal directo y secreto. Por tanto, la democracia representativa que no asegura la efectiva participación es deficiente; pero la supuesta democracia participativa que no asegura la representación es inexistente. De ello resulta que la dicotomía que por incomprensión o por destrucción se trata de establecer entre “democracia representativa” y “democracia participativa” es falsa.

En efecto, si a algo se contrapone la representación es a la democracia directa, de manera que la dicotomía en cuanto a la forma de ejercicio de la democracia está entre la democracia “indirecta” (o representativa) y la democracia “directa”²⁰ (o asamblearia).

Otra cosa es la participación, que si a algo se contrapone, no es a la representación, sino a la exclusión. La dicotomía, en este caso, está entre democracia de inclusión o participativa y democracia de exclusión o exclusionista; es decir, entre un régimen democrático en el cual el ciudadano tenga efectiva participación en la conducción de los asuntos públicos, y un régimen democrático en el cual el ciudadano, aparte de elegir, esté excluido de participar en ello.

Y esto es precisamente lo que no se tiene claro cuando se habla equivocadamente de “democracia participativa” como supuestamente “contrapuesta” a la “democracia representativa”, lo que ocurre en todos los frentes: por una parte, desde las mismas trincheras democráticas, queriendo en realidad referirse, sin saberlo, a la necesidad de introducir a la democracia representativa mecanismos de democracia directa; y por otra, desde las trincheras autoritarias, confundiendo los conceptos para propugnar la eliminación o minimización de la representatividad y establecer una supuesta relación directa entre un líder y el pueblo, a través de los mecanismos institucionales del Estado dispuestos para movilizar a la población y hacer creer que con ellos se participa, cuando en realidad a lo que conducen es a su control y a la destrucción de la democracia.

Partiendo del supuesto de que la democracia representativa o indirecta es y seguirá siendo de la esencia de la democracia, de manera que nunca podrá haber una democracia que solo sea asamblearia, refrendaria o de cabildos abiertos permanentes, el tema central por resolver es cómo hacer de la democracia un régimen de inclusión política, es decir, participativa, donde el ciudadano sea efectivamente parte de su comunidad política, y pueda contribuir a toma de las decisiones que le

²⁰ Véase en general, Luis Aguiar, *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1977.

conciernen, de manera que la participación no quede reducida a votar en elecciones o en consultas populares.

Hay que recordar que, incluso de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, participar, en realidad, es “estar incluido”, lo que no debe confundirse con mecanismos de democracia directa como las iniciativas legislativas, las consultas populares, los cabildos abiertos y los referendos. Participar, en efecto, en el lenguaje común, es “ser parte de...”; es “pertenecer a...”; es “incorporarse a...”; “contribuir a...”, estar “asociado a...” o “comprometerse a...”; es “tener un rol en...”; es “tomar parte activa en, estar envuelto en o tener una mano en...”; es, en fin, “asociarse con...”, es “compartir con...” o “tener algo que ver con...”.

Por ello, para el ciudadano, la participación política no es otra cosa que ser parte de o estar incluido en una comunidad política, en la cual el individuo tenga un rol específico de carácter activo conforme al cual contribuye a la toma de decisiones. Ello se materializa, por ejemplo, en el ejercicio del derecho al sufragio o en votar en referendos o consultas populares, que son formas primarias mínimas de participación; o en ser miembro de sociedades intermedias.

Pero la participación no se agota allí, pues para estar incluido es necesario que el ciudadano pueda ser parte efectiva de su comunidad política, donde se le permita desarrollar, incluso, la conciencia de su efectiva pertenencia a un determinado orden social y político, por ejemplo, a una comunidad, a un lugar, a una tierra, a un campo, a una comarca, a un pueblo, a una región, a una ciudad; en fin, a un Estado.²¹

En todo caso, el tema central por resolver siempre que se trata de la participación democrática, es determinar cómo y en qué lugar la misma puede realizarse. Como lo advirtió hace años Giovanni Sartori cuando se refería a quienes primero habían hablado sobre la “democracia participativa”: “O el autor de la democracia participativa se decide a clarificar positivamente dónde está lo que corresponde a cuál participación (de cuál naturaleza) y en cuáles lugares (¿en todas partes?); o nos quedamos con un animal que no logró identificar”.

Sobre ello, con razón, agregaba que lo que había era “mucho ruido” y “mucho polémica furiosa”, y provocaba dudas sobre si efectivamente había “nacido algo nuevo”.²²

6. La participación como esencia histórica de la democracia y como fenómeno de la vida local

La verdad, sin embargo, es que la democracia participativa no era ni es nada nuevo; ha estado siempre, desde los mismos días de las revoluciones francesa y norteamericana del siglo XIX, en muchos países hoy con democracias consolidadas. Ha estado

²¹ Véase en general, Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 42.

²² Giovanni Sartori, *¿Qué es democracia?*, Bogotá, Altamira Editores, 1994.

siempre, allí, en el nivel más ínfimo de los territorios políticos de los Estados, en las asambleas locales, en los municipios, en las comunas. Lo que pasa es que muchos no la han querido reconocer, e insisten en confundirla.

Es decir, muchos no han querido entender *qué es*, efectivamente, participar en política, y *dónde es* que se puede realmente participar, aun siendo ello parte de la corriente sanguínea de la propia democracia, de manera que, incluso, quienes la ejercen y la viven cotidianamente ni se dan cuenta de ella, ni le prestan atención (*they take it for granted*) y, por ello, a veces no se la logra identificar. Esto sucede, por ejemplo, en las democracias europeas, que son inclusivas, en las cuales, ni siquiera la “democracia participativa” es tema de discusión política, pues la participación es asunto de todos los días.

En todo caso, y vale la pena recordarlo, la democracia participativa puede decirse que fue descubierta para Europa en las mismas tumultuosas décadas iniciales del nacimiento del Estado constitucional contemporáneo por quien puede considerarse el primer gran constitucionalista moderno, Alexis de Tocqueville, cuando en 1831 se topó, de frente, sin quererlo –como en general se han hecho los grandes descubrimientos– con el régimen de gobierno local de asambleas que funcionaba desparramado en todo el territorio de las colonias inglesas en la costa este de Norteamérica, y que hervía en los *Town Halls*. Tocqueville había ido a estudiar el régimen carcelario en el naciente Estado americano, y lo que resultó fue su gran obra *La democracia en América*, publicada en 1835.²³

Esas instituciones comunales, decía Tocqueville, “son a la libertad lo que las escuelas vienen a ser a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen paladear su uso político y lo habitúan a servirse de ella”.²⁴

Pero para cuando eso escribía Tocqueville, debe recordarse que ya en Europa misma, esa democracia local también estaba en proceso de configurarse como uno de los productos más acabados, y a veces incomprendidos, de la propia Revolución francesa. Ello, incluso, lo advirtió el propio Tocqueville en su otra clásica obra del constitucionalismo histórico, *El antiguo régimen y la Revolución*, escrito 20 años después, al constatar que:

La administración local tiene un contacto diario con [los ciudadanos]; toca continuamente sus puntos más sensibles; influye en todos los pequeños intereses que forman el gran interés que se pone en la vida; es el objeto principal de sus temores y también el de sus esperanzas más queridas; los mantiene vinculados a ella por una infinidad de lazos invisibles que los arrastran sin que se den cuenta.²⁵

²³ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 79 y ss.

²⁴ *Ibid.*, p. 78.

²⁵ Alexis de Tocqueville, *El antiguo régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, t. I, 1982, p. 15.

Sin quererlo, puede decirse que Tocqueville había descubierto la “participación política”, precisamente desarrollada en los gobiernos locales representativos en el sentido de participación política como democracia de inclusión, en la cual el ciudadano toma parte personalmente en un proceso decisorio, interviniendo en actividades estatales y en función del interés general,²⁶ lo cual solo puede tener lugar en los estamentos territoriales más reducidos, en el nivel local, comunal o municipal.

Es decir, solo en los niveles político-territoriales inferiores de la organización del Estado es que se puede montar una organización participativa que permita la incorporación del ciudadano individual, o en grupos o en comunidades, en la vida pública, y particularmente, en la toma de decisiones públicas generales o de orden administrativo.

Como lo señaló Jaime Castro, uno de los destacados alcaldes que tuvo la ciudad de Bogotá en el pasado:

La democracia moderna no se concibe sin audaces formas de participación ciudadana y comunitaria en el ejercicio del poder a nivel local y regional. Sin la garantía de que todas y todos pueden y deben participar en la preparación de las decisiones que se piensen tomar sobre temas de interés general, en su adopción y ejecución, esto último mediante el control que realicen sobre la gestión de las autoridades y los particulares que ejerzan funciones públicas. Solo esas formas democráticas de participación le cambian la cara a las instituciones y permiten hablar de un nuevo régimen político.²⁷

Pero para la concepción de ese “nuevo régimen político”, el cual, sin embargo, es tan antiguo como la democracia misma, el tema central que tiene que resolverse es determinar el nivel territorial que se requiere para que pueda haber participación como cotidianidad democrática, y la opción en esta materia –tal como ocurre, por ejemplo, en Norteamérica, y en todos los países europeos con democracias arraigadas como Francia, Alemania, España e Italia– está en el municipio autónomo des-parramado en todos los rincones del Estado, en cada villa, pueblo y caserío, situado bien cerca del ciudadano, con representantes electos democráticamente mediante sufragio universal, directo y secreto.

²⁶ Véase, por ejemplo, en relación con la administración de justicia, Alberto González, “Participación en la administración de justicia”, en Jorge Londoño (comp.), *Constitucionalismo, participación y democracia*, Bogotá-Tunja, Librería Jurídica Ethos, Uniboyacá, 1997, pp. 76-77.

²⁷ Véase Jaime Castro, *La cuestión territorial*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 2003, pp. 201-202. Esto es lo único que explica que en el excelente libro de los profesores Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda, en sus más de 400 páginas, donde los autores analizan los regímenes democráticos contemporáneos de Europa y América Latina, solo una vez usaron la expresión ‘democracia de participación’ para referirse al sistema suizo (véase Olivier Duhamel y Manuel José Cepeda, *Las democracias. Entre el derecho constitucional y la política*, Bogotá, TM Editores, 1997, p. 56). Precisamente, el régimen constitucional de Suiza, entre otros factores por la superficie del país, es el paradigma del federalismo y del régimen local o cantonal.

En definitiva, al contrario, no es viable; simplemente no es posible la opción de la participación, cuando la misma se sitúa en el gran municipio urbano o rural, ubicado demasiado lejos del ciudadano, o cuando se pretende desarrollarla en entes locales sin autonomía, dependientes del poder central, utilizados como mecanismos para ejecutar políticas populistas de reparto y dominación popular, controladas por el partido de gobierno, como fue el caso de los consejos comunales establecidos en Venezuela durante la última década del régimen autoritario.

En esta materia, en efecto, la práctica democrática de los países europeos muestra una realidad incontestable en cuanto al predominio de la existencia en cada Estado de una multiplicidad de municipios con autoridades electas democráticamente mediante sufragio, y entre ellos, incluso, de muchos municipios pequeños. Alemania, por ejemplo, tiene algo más de 16.000 municipios, de los cuales un 75 % tiene menos de 5000 habitantes; y España tiene más de 8000 municipios, de los cuales un 85 % también tiene menos de 5000 habitantes. En España, incluso, el 61 % de todos los municipios tienen menos de 1000 habitantes.²⁸ Es más, en una sola de las comunidades autónomas españolas, por ejemplo, la de Castilla y León, hay 2248 municipios, de los cuales más de la mitad, es decir, 1540, tienen menos de 500 habitantes.²⁹ O sea, en una sola comunidad autónoma española, con un área territorial diez veces inferior a la de toda Colombia, hay el doble de municipios que en ese país. En Castilla y León, sin duda, hay participación todos los días, aun cuando los propios ciudadanos castellanos no lo crean o no se den cuenta. En cambio, en contraste, y este es un caso extremo, en un país como Venezuela, con un territorio que también tiene diez veces más área que el de Castilla y León, algo inferior al de Colombia, solo hay 338 municipios, es decir, solo un décimo de los que existen en el país castellano. Por eso es que en Venezuela, con esa estructura territorial de gobiernos locales, simplemente no hay ni podrá haber real participación política.³⁰

Lo cierto es que la Revolución francesa, entre los muchos aportes al constitucionalismo moderno, legó el de la participación ciudadana, al haber desparramado el poder que hasta entonces estaba concentrado en unas pocas manos de la monarquía

²⁸ Véase Thorsten Sagawe, "La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania", en Luis Villar *et al.*, *Problemática de los pequeños municipios en Colombia. ¿Supresión o reforma?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 40.

²⁹ *Informe sobre el Gobierno Local*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, Fundación Carles Pi i Sunyer d'Étudies Autonòmics y Locals, 1992, p. 27.

³⁰ En nuestros países de América Latina la situación no es muy diferente: Argentina: 1.617 municipios; Bolivia: 312 municipios; Brasil: 5.581 municipios; Chile: 340; Cuba: 169 municipios; Ecuador: 1.079 municipios; El Salvador: 262 municipios; Guatemala: 324 municipios; Honduras: 293 municipios; México: 2.418 municipios; Nicaragua: 143 municipios; Paraguay: 212 municipios; Perú: 1.808 municipios; República Dominicana: 90 municipios; Uruguay: 19 municipios. Véanse las referencias en Brewer, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

y de los señores feudales,³¹ en más de 40.000 comunas, como allí se denomina a los municipios, lo que permitió que el municipio se comenzara a ubicar, en Europa, en cuanta aldea, pueblo, villa y ciudad existía, bien cerca del ciudadano. Todo comenzó en los mismos días de la Revolución, el 4 de agosto de 1789, 20 días antes de que la Asamblea Nacional adoptara la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y declarara irrevocablemente abolidos “todos los privilegios particulares de provincias, principados, cantones, ciudades y comunidades de habitantes, sean pecuniarios o de cualquier otra naturaleza”,³² y se eliminaran así los antiguos reinos y las antiguas e históricas circunscripciones territoriales. A ello le siguieron los decretos de 14 y 22 de diciembre del mismo año 1789, mediante los cuales se estableció una uniformización territorial general que antes no existía, al dividir el país en departamentos, estos en distritos, los distritos en cantones y estos en comunas, que fueron las municipalidades, para crear así el poder municipal. A tal fin, el primer decreto dispuso la supresión y abolición de “las municipalidades existentes en cada villa, burgo, parroquia o comunidad”,³³ con las denominaciones que tuvieran, y se agregó que serían sustituidas por “colectividades locales del reino” tanto en las ciudades como en el campo, con la misma naturaleza y situadas en el mismo plano constitucional, con el nombre común de municipalidad, que tenían en su cabeza al alcalde. Con ello resultó la sustitución definitiva de las cartas, los fueros y privilegios locales, con lo cual, como producto de la Revolución según lo observó Tocqueville, las instituciones municipales resultaron ser “las mismas para todas las partes del territorio y para todos los hombres que los habitan”.³⁴

Para ello, en el segundo decreto se dividió el territorio francés de manera uniforme en departamentos, distritos y cantones, suprimiéndose los intendentes, y además se dispuso que “en cada villa, burgo, parroquia y comunidad del campo habrá una municipalidad”.³⁵ Este principio se consagró luego, expresamente, en la Constitución de 1791, al regular en su título “La división del Reino”, que: “El Reino es uno e indivisible: su territorio se distribuye en 83 departamentos, cada departamento en distritos, cada distrito en cantones”. Fue esa creación de municipios uniformes en todo el territorio de Francia, por tanto, lo que condujo a la sustitución definitiva de las cartas, los fueros y privilegios locales; de esta manera, las instituciones locales fueron, entonces, las mismas para todas las partes del territorio y para todos los ciudadanos.

³¹ Véase en general, Eduardo García, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981, pp. 17, 41, 46, 49, 50, 56.

³² Véase Luciano Vandelli, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, p. 28, n. 10.

³³ Albert Soboul, *La révolution française*, Paris, Gallimard, 1981, pp. 198 y ss.

³⁴ Tocqueville, *El antiguo régimen y la Revolución*, *op. cit.*, pp. 99, 201.

³⁵ Véase Soboul, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

De ello resultó que en 1791 en la Francia revolucionaria había 43.915 municipios, que comenzaron a llamarse comunas, y fueron las que en definitiva dieron origen a los más de 34.000 municipios o comunas que hoy existen en ese país. Estas entidades municipales, además de las funciones propias de la administración general que les podían ser delegadas, ejercían el “poder municipal”, concepto que venía de los escritos de Benjamín Constant y de las propuestas de reforma del ministro Turgot (1775),³⁶ y que luego se arraigaría en el constitucionalismo iberoamericano, de manera que, por ejemplo, aparece en Venezuela a partir de la Constitución de 1857 (arts. 6 y 85).

De nuevo, comparemos esa realidad con la nuestra, donde en países con territorios que doblan el área del de Francia, como son Colombia y Venezuela, solo tenemos escasos 1.100 o 338 municipios, respectivamente.

Frente a estas realidades es preciso preguntarse por qué será que en los países que llamamos democráticamente desarrollados, como los europeos, donde impera la fragmentación municipal, con municipios autónomos cuyas autoridades son electas mediante sufragio universal, directo y secreto, no se plantea con tanta urgencia la necesidad de la participación ciudadana (porque es de todos los días, en las pequeñas comunidades); y, en cambio, en todos nuestros países latinoamericanos, donde al contrario, hay muy pocos municipios para sus enormes territorios y su población, es donde más se grita contra nuestras insuficiencias democráticas clamándose a la vez por una “democracia participativa”.

Creo que la respuesta es obvia, sobre todo cuando se tiene en cuenta que el contraste que he señalado respecto de la situación en América Latina y en Francia se repite en relación con todos los demás países europeos. Me refiero, siempre teniendo en cuenta las cifras de los 1100 municipios colombianos o los 338 venezolanos, a los 2539 municipios que existen en Bélgica; a los 16.121 que hay en la Alemania unificada;³⁷ a los 8104 que hay en Italia y a los más de 3000 cantones que hay en Suiza.³⁸ O sea, solo en Suiza, con un territorio algo mayor que el departamento de Santander de Colombia, hay tres veces más municipios que en toda Colombia.

Lamentablemente, la conformación del municipio en América Latina, aun cuando tributario de los principios organizativos del municipalismo europeo, tomó otro rumbo en su distribución territorial. Hay que recordar, de lo antes dicho, que tres principios configuraron el régimen municipal napoleónico que como modelo se esparció en Europa:³⁹ primero, el principio de la creación de un municipio por cada colectividad local –incluso de dimensiones mínimas–, abarcando desde el pequeño pueblo rural hasta el gran centro urbano; segundo, el principio de la uniformidad e igualdad formal del régimen de los municipios a pesar de la diversidad territorial,

³⁶ Véase García, *op. cit.*, pp. 72, 76, 135.

³⁷ Véase Sagawe, *op. cit.*, pp. 42-43.

³⁸ Véase Vandelli, *op. cit.*, p. 179; Brewer, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

³⁹ Véase Vandelli, *ibid.*, pp. 153 y ss.

geográfica y demográfica de los mismos a lo largo y ancho de los territorios estatales; tercero, las reglas generales de funcionamiento de la tutela como instrumento de control sobre las entidades locales.

En América, sin embargo, con la excepción del proceso inicial que se plasmó en la Constitución de la Provincia de Caracas de 1812,⁴⁰ solo hicieron la travesía del Atlántico a comienzos del siglo XIX algunos aspectos del régimen de municipalización uniforme, pero ni el primero ni el último de los principios, es decir, ni el de la generalización de colectividades locales en todo el territorio, ni el del control de tutela, llegaron a nuestras costas; y, al contrario, desde el inicio del siglo XIX el municipio, si bien se arraigó en las ciudades capitales, se siguió ubicando en niveles territoriales muy alejados de los pueblos, implantándose además el principio de la autonomía municipal, inexistente en el modelo europeo napoleónico. Este último, en efecto, hay que recordar, en Francia solo se introdujo con las reformas de Mitterrand en 1982⁴¹ mediante la Ley de Libertad de las Comunas; y en España con la Ley de Bases del Régimen Local de 1985.

En todo caso, el diferente rumbo que tomó la institución municipal en su implantación territorial derivó, primero, del condicionamiento territorial que en las tierras americanas impuso el desarrollo institucional del proceso colonial que, como se dijo, terminó por ubicar a los municipios en las capitales provinciales, abarcando enormes territorios; y segundo, del proceso de conformación del régimen republicano luego de la Independencia, que no solo acogió el esquema de municipios establecidos en ámbitos territoriales cada vez más alejados de los ciudadanos y de sus comunidades, sino que trató al poder municipal con recelo, particularmente desde el poder central que se estaba conformando. No debe olvidarse, incluso, que cuando el gran Estado concebido por Bolívar en 1821 se implantó, como Estado de Colombia, comprendiendo los territorios de Venezuela, Colombia y Ecuador, el mismo Libertador llegó a suprimir los municipios en 1828, considerando que eran “una verdadera carga para los ciudadanos, y producen muy pocas utilidades al público”.⁴²

Pero lo cierto es que en los 200 años que han transcurrido desde la consolidación del Estado de Venezuela independiente establecido en 1819, el panorama territorial de la distribución vertical del poder en los países latinoamericanos ha variado muy poco, con una carencia en nuestros países del nivel político territorial necesario para que la democracia pueda efectivamente ser participativa, que es el gobierno local. Y nos empeñamos en buscar en otras partes soluciones que, la verdad, no encontraremos.

⁴⁰ Véase Allan R. Brewer, *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812. Homenaje al Bicentenario*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Colección Estudios, núm. 100, 2011.

⁴¹ Sobre la aplicación de la Ley de 2 de marzo de 1982, véase en general, André Terrazoni, *La décentralization a l'épreuve des faits*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1987.

⁴² Véase el Decreto de Supresión de las Municipalidad de 17 de noviembre de 1828, en Brewer, *Las constituciones de Venezuela, op. cit.*, p. 681.

Y aquí volvemos a lo que afirmábamos al inicio, sobre que la democracia participativa está indisolublemente ligada, no a la democracia directa como erradamente se pretende promocionar, sino a la descentralización política y la municipalización, de manera que la misma no se puede materializar con solo propuestas de incorporación al régimen democrático, de instrumentos como los referendos, las consultas o las iniciativas populares, o de consejos comunales controlados por el poder central, y mucho menos eliminando en estos el sufragio y la representación.

En realidad, la participación política como cotidianidad democrática o como parte de la democracia como forma de vida, solo puede darse a nivel local. No hay otra instancia para ello en los Estados; lo demás es falacia y engaño, o mecanismos de democracia directa que son otra cosa. Por esto es que el tema de la “democracia participativa”, precisamente, no tiene tanta notoriedad en los países europeos, donde la participación es de todos los días, en las pequeñas cosas que pueden tratarse en esos pequeños municipios urbanos y rurales.

La participación política o la democracia participativa están, por tanto, íntimamente unidas al localismo y a la descentralización política, y esta, a la limitación del poder, lo que es consustancial a la democracia. Por ello, Eduardo García de Enterría afirmó, con razón, que el régimen local “da curso al derecho ciudadano a participar en todos, completamente en todos los asuntos públicos que afectan a la propia comunidad”;⁴³ de manera que, como también dijo Sebastián Martín Retortillo hace más de 40 años, cuando España aún no había entrado en el proceso de transición hacia la democracia, la participación efectiva del ciudadano común siempre presupone la descentralización.⁴⁴

De manera que, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que no puede haber participación política sin descentralización política territorial, es decir, sin que exista una multiplicidad de poderes locales y regionales; sin ellos, en definitiva, no puede haber una democracia participativa. Lo que habría es centralismo, que es la base de la exclusión política al concentrar el poder en unos pocos electos y, a la vez, el motivo del desprestigio de la democracia representativa por más aditivos de democracia directa o refrendaria que se le implanten.

No hay otra forma de perfeccionar la democracia y hacerla más participativa y más representativa que no sea acercando el poder al ciudadano, lo que solo puede llevarse a cabo descentralizando política y territorialmente el poder del Estado y llevándolo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el poder en el territorio nacional.⁴⁵ Por tanto, solo municipalizando los territorios es como se podrá hacer realidad una democracia efectivamente participativa, para

⁴³ Citado en la Introducción al libro de Sebastián Martín Retortillo *et al.*, *Descentralización administrativa y organización política*, t. I, Madrid, Alfaguara, 1973, p. LVIII.

⁴⁴ *Ibid.*, p. LIX.

⁴⁵ Véase Brewer, “El municipio, la descentralización política y la democracia”, *op. cit.*, pp. 53-61.

lo cual nuestros países tienen que rescatar, más de 200 años después, lo que fue la decisión terminante de la Asamblea Nacional Constituyente francesa en aquel diciembre de 1789, y que llegó en América a plasmarse en el texto de la Constitución de la Provincia de Caracas de 1812,⁴⁶ de efímera duración, y que hoy se traduciría en la frase de que toda comunidad rural, todo caserío, todo pueblo, todo barrio urbano, debería tener su autoridad local como comunidad política. Como se enunció, por ejemplo, en la Constitución de la provincia del Chaco, de Argentina: “Todo centro de población constituye un municipio autónomo”.⁴⁷

No obstante, para una reforma política de esta naturaleza tenemos que pensar en otro municipio, a fin de no desparramar territorialmente la estructura burocrática local, mal y uniformemente concebida, que tenemos en muchos de nuestros países y que podría provocar una peor democracia; asimismo, para evitar lo que también se podría originar con los intentos que a veces se han realizado en algunos de nuestros países donde, al contrario de multiplicar los gobiernos locales, se ha propuesto una política de reducción de municipios, calificada hace años con acierto por Jaime Castro como un verdadero “genocidio municipal”, al comentar el intento que se hizo en Colombia, en 2001, con el Proyecto de Ley 041/01, que proponía la desaparición de la mitad de los 1067 municipios colombianos entonces existentes, aquellos que tenían menos de 14.000 habitantes. Castro advirtió, además, que en Colombia “los municipios son el Estado –la única presencia del Estado– en extensas y abandonadas regiones del país”, por lo cual lo que habría que hacer, al contrario, era “fortalecer y transformar el pequeño municipio [para] convertirlo en herramienta eficaz de una política de poblamiento territorial y de ocupación continua del espacio físico”.⁴⁸

De allí la enorme revalorización que requiere en nuestros países el pequeño municipio como parte del proceso de descentralización político-territorial para asegurar, no solo la presencia del Estado en el territorio, sino para hacer posible la participación democrática, a partir de la necesaria diversidad que deben tener las entidades locales; es decir, todo lo contrario de la absoluta uniformidad organizacional.

En fin, sobre lo que debemos hacer conciencia es que no hay que temerle a la descentralización política, pues se trata de un fenómeno propio de las democracias, que por supuesto es temido por los autoritarismos. Lo cierto es que no hay ni ha

⁴⁶ Véase Brewer, *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812. Homenaje al Bicentenario*, *op. cit.*

⁴⁷ Artículo 182 (citado por Augusto Hernández, “Objetivos inéditos de la categorización municipal”, en Villar *et al.*, *op. cit.*, p. 108). Véase, además, Augusto Hernández, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2001.

⁴⁸ Véase Castro, *op. cit.*, pp. 136-137. No puede dejar de pensarse en los mismos términos de “genocidio municipal”, cuando una noticia de enero de 2010 señala que para conmemorar los 200 años de la Independencia, el Gobierno colombiano proyecta la abolición de los resguardos indígenas de origen colonial, retirando a los municipios respectivos los pagos compensatorios del impuesto predial.

habido autocracias descentralizadas, y son los autoritarismos los que rechazan tanto la descentralización política como la participación democrática, incluidos los autoritarismos que tradicionalmente nos han gobernado bajo el ropaje del “centralismo democrático”, de cualquier cuño que sea, incluso de orden partidista.

No nos dejemos engañar con los cantos de sirenas autoritarios que no se cansan de hablar de “democracia participativa”, pero no para hacerla posible descentralizando el poder en el territorio, sino para acabar con la democracia representativa, imposibilitando a la vez la participación. No nos confundamos los demócratas al intentar dar respuesta a las exigencias políticas crecientes de participación democrática, con el solo establecimiento de medidas de carácter referendario o de iniciativas o consultas populares que no la agotan en absoluto. En fin, no le tengamos miedo a lo pequeño, que territorialmente hablando es precisamente la lugarización, el pequeño municipio rural y la subdivisión municipal suburbana.

En definitiva, como dijo Santiago Ramón y Cajal, quien fuera Premio Nobel de Medicina en 1906, en su libro *El mundo visto a los ochenta años* –ojalá todos pudiéramos llegar a hacerlo–: “No hay cuestiones pequeñas; las que lo parecen son cuestiones grandes no comprendidas”. Y eso es precisamente lo que ocurre con la multiplicidad de municipios y la cuestión de la democracia participativa que plantea: es más grande de lo que a veces creemos, porque en ello nos va la vida de la propia democracia, representativa y participativa.

7. El fraude participativo, o la falacia de la propuesta de implantar la “democracia participativa” a través del “Estado comunal” o del “poder popular” en Venezuela

La Constitución de Venezuela de 1999, siguiendo la tradición iniciada con la Constitución Federal Alemana de 1949, como se dijo, define a la nación como un Estado democrático y social de derecho y de justicia con la forma de un Estado federal descentralizado,⁴⁹ estructurado sobre la base de un sistema de distribución vertical del poder público en tres niveles territoriales: Poder Nacional, Poder de los Estados y el Poder Municipal (art. 136), cada uno con autonomía política y con un gobierno de carácter “electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”. A pesar de que al reafirmarse ese orden estatal tradicional, el municipio seguía en el ámbito territorial, muy lejos del ciudadano, en el mismo se formuló el principio descentralizador de que solo reduciéndose el ámbito territorial de los municipios se podría hacer realidad la democracia participativa.

Sin embargo, conforme a las propuestas que Hugo Chávez había comenzado a formular desde 1999, ese orden estatal se trató de cambiar radicalmente en 2007 mediante

⁴⁹ Véase el estudio de la Constitución en cuanto a la regulación de este modelo de Estado constitucional en Allan R. Brewer, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004.

una propuesta de “reforma constitucional” formulada por el mismo Chávez, recién reelecto en la presidencia de la República (2006),⁵⁰ calificado como “innovaciones postreras del sistema constitucional y de derechos sociales”⁵¹ para el Estado democrático de derecho, en una falsa procura de lograr la llamada “democracia participativa”, por un sistema de Estado socialista, centralizado, militarista y policial,⁵² denominado Estado del poder popular o Estado comunal, en el cual se eliminaba el sufragio como fuente de elección de los gobernantes.⁵³

El trámite del inconstitucional procedimiento de reforma que se eligió⁵⁴ fue impugnado ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo; pero el juez constitucional se negó a conocer de las acciones de inconstitucionalidad, considerándolas todas como “improponibles”,⁵⁵ con la consecuencia de que luego de ser aprobado

⁵⁰ Véase el “Proyecto de exposición de motivos para la reforma constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del Presidente Hugo Chávez”, agosto de 2007. El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, Atenea, 2007.

⁵¹ Véase Gladys Gutiérrez, *El nuevo paradigma constitucional latinoamericano. Dogmática social extensa y nueva geometría del poder. Especial mención a la Constitución de Venezuela (1999)*, tesis de doctorado, Zaragoza 2011, pp. 245-332.

⁵² Véase Allan R. Brewer, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, núm. 42, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

⁵³ Véase, además, Allan R. Brewer, “Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado socialista, centralizado y militarista en Venezuela (análisis del anteproyecto presidencial, agosto 2007”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, Revista jurídica interdisciplinaria internacional*, núm. 12, 2008, pp. 87-125; *Revista de Derecho Público*, núm. 111, 2007, pp. 7-42; y “Hacia la creación de un Estado socialista, centralizado y militarista en Venezuela. Análisis de la propuesta presidencial de reforma constitucional”, *Estudios Jurídicos*, vol. XIII, enero de 2004-diciembre de 2007, pp. 17-66. Véase igualmente, Manuel Rachadell, *Socialismo del siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el Presidente Chávez en agosto de 2007*, Caracas, Funeda, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.

⁵⁴ Las reformas propuestas eran de tal importancia que solo podían haberse discutido en una asamblea constituyente. Como lo observaron Roberto Viciano y Rubén Martínez, “para cualquier lector de la propuesta de reforma, resulta evidente que un cambio que propone modificar sesenta y nueve artículos de la Constitución vigente, y que lo hace para construir, donde antes se hablaba de una democracia participativa, una *democracia socialista* (art. 158); o que se refiere al *Estado socialista* (art. 318) donde antes solo se hacía referencia al Estado democrático y social de derecho; o que prevé que el Ejecutivo Nacional pueda regular la transición al modelo de *economía socialista* (art. 300 y disposición transitoria novena), es de suficiente envergadura para ser debatido con amplitud en el seno más democrático donde pueda acontecer este debate: una asamblea constituyente” (Roberto Viciano y Rubén Martínez, “Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007)”, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, núm. 2, 2008).

⁵⁵ Véase Allan R. Brewer, “El juez constitucional vs. la supremacía constitucional. O de cómo la jurisdicción constitucional en Venezuela renunció a controlar la constitucionalidad del procedimiento seguido para la ‘reforma constitucional’ sancionada por

el proyecto por la Asamblea Nacional, el mismo, al ser sometido a referendo que se efectuó en diciembre de 2007, fue rechazado en definitiva por el pueblo.⁵⁶

Con el rechazo a la propuesta de reforma constitucional, como lo indicó una magistrada del Tribunal Supremo de Justicia, ya controlado por Chávez, quien participó en su preparación, se “intentaba constitucionalizar lo que podemos denominar la democracia participativa directa estructural, con base en la generación de un sistema de estructuras comunitarias de asunción de competencias progresistas”.⁵⁷ Y en efecto, el proyecto de reforma constitucional de 2007 buscaba cambiar radicalmente el Estado, apuntando, según las pautas para su definición que había ido formulando el propio Presidente de la República en varios discursos, en dos direcciones.

Por una parte, la reforma apuntaba hacia la conformación de un “Estado del poder popular” o del “poder comunal”, o “Estado comunal”, con una doctrina oficial “bolivariana” que se identificaba como “el socialismo del siglo XXI”,⁵⁸ y un sistema económico comunista, de capitalismo de Estado⁵⁹ (en sustitución del Estado social y democrático de derecho regulado en la Constitución de 1999), estructurado desde los consejos comunales que ya habían sido creados al margen de la Constitución en 2006.⁶⁰ Los mismos ya se habían creado como unidades u organizaciones sociales con voceros *no electos* mediante sufragio universal, directo y secreto, y, por tanto, conformados *sin autonomía* político-territorial, supuestamente dispuestos para canalizar la “participación ciudadana”, pero conforme a un sistema de conducción centralizado desde la cúspide del Poder Ejecutivo nacional. Con ello, bajo la ilusión del poder popular, lo que se buscaba era la eliminación definitiva de la forma federal del Estado, imposibilitando la participación política y degradando la democracia representativa;⁶¹

la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007, antes de que fuera rechazada por el pueblo en el referendo del 2 de diciembre de 2007”, en Eduardo Ferrer y César de Jesús Molina (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, t. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, pp. 385-435.

⁵⁶ Véase Allan R. Brewer, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, *Anuario de Derecho Público* 2007, año 1, Caracas, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, 2008, pp. 17-65. Véanse sobre dicha reforma los estudios publicados en el número monográfico “Estudios sobre la reforma constitucional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 112, 2007.

⁵⁷ Véase Gutiérrez, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁸ Véase Rachadell, *op. cit.*

⁵⁹ Sobre el “Socialismo del siglo XXI”, como propuesta en cuya elaboración participó activamente Juan Carlos Monedero, véanse sus trabajos publicados en Caracas, “Hacia una filosofía política del socialismo en el siglo XXI”, *Cuadernos del Cendes*, año 25, núm. 68, mayo-junio 2008, pp. 71-106; “La reinvencción de la Venezuela revolucionaria y los fantasmas del pasado”, *Revista Comuna. Pensamiento Crítico en la Revolución*, núm. 1, 2009; y “Socialismo y consejos comunales: la filosofía política del socialismo en el siglo XXI”, *Comuna. Pensamiento Crítico en la Revolución*, núm. 4, 2011, pp. 97-142.

⁶⁰ Véase la Ley de Consejos Comunales, *Gaceta Oficial*, núm. 5.806 Extraordinario de 10 de abril de 2006.

⁶¹ Véanse los comentarios más recientes en Gabriel Sira Santana, *Poder popular, descentralización y participación ciudadana*, Caracas, Centro para la Integración y el Derecho

todo ello bajo la ilusión de la supuesta organización de la población para su “participación” controlada desde la jefatura de la administración del Estado, a través del partido oficial único creado desde el Estado. Es decir, con la reforma constitucional que el pueblo rechazó, materialmente desaparecía la democracia representativa y las autonomías político-territoriales, las cuales se buscaba sustituir por un esquema estatal centralizado, supuestamente montado sobre una democracia “participativa y protagónica” que estaba controlada total y centralizadamente desde arriba, por el jefe de Estado, en la que quedaba proscrita toda forma de descentralización política y autonomía territorial, que a la vez restringía los mecanismos de participación política que estaban directamente regulados en la Constitución, como eran los referendos y la participación de la sociedad civil en los comités de postulaciones de altos funcionarios de los poderes públicos.⁶²

Y, por la otra, la reforma rechazada apuntaba a la estructuración de un Estado socialista, con una doctrina socialista y “bolivariana” como oficial, que sustituía al sistema plural de libertad de pensamiento y acción que siempre había existido en el país y, en particular, sustituía la libertad económica y el Estado de economía mixta –que también había existido siempre– por un sistema de economía estatista y colectivista, de capitalismo de Estado, sometido a una planificación centralizada, que minimizaba el rol del individuo y eliminaba todo vestigio de libertad económica y de propiedad privada.⁶³

Todo ello, como se dijo, fue rechazado en el referendo efectuado en diciembre de 2007, lo que, sin embargo, no impidió que las propuestas fueran en buena parte implementadas en los años sucesivos, en forma totalmente irregular y al margen de la Constitución, mediante la sanción por la Asamblea Nacional de diversas leyes ordinarias, entre ellas, para solo referirnos al tema de la organización territorial del Estado, en 2007, de la Ley de los Consejos Comunales,⁶⁴ y de la Ley de la Comisión

Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2018, pp. 102 y ss.

⁶² Véase Brewer, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, *op. cit.*, pp. 17-65. Sobre esto, Roberto Viciano y Rubén Martínez, expresaron que “más peligroso era el retroceso que se experimentaba en el concepto de democracia participativa, verdadero sustento del proceso de cambio en Venezuela desde 1998. En ese sentido, el proyecto aumentaba sistemáticamente todos los porcentajes de firmas necesarios para promover un mecanismo de participación popular, en algunos casos haciéndolos impracticables pues se exigía, por ejemplo, la firma de 30 por ciento de los electores de la circunscripción para activar el referendo revocatorio de cargos públicos (art. 72), el abrogatorio de leyes y decretos con valor de ley (art. 74) o la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente (art. 348). En vez de facilitar la participación, en este aspecto el proyecto endurecía las condiciones para que esta tuviera lugar de forma efectiva” (Viciano y Martínez, *op. cit.*).

⁶³ Véase sobre la propuesta, Allan R. Brewer, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, núm. 43, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007; Rachadell, *op. cit.*; y Sira, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

⁶⁴ Véase en *Gaceta Oficial*, núm 5.806 extraordinario de 10 de abril de 2006. Véase Brewer, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del Poder Popular para

de Planificación Centralizada;⁶⁵ luego, en 2008, de diversos decretos leyes que tocaron aspectos específicos de las propuestas de reforma rechazadas;⁶⁶ en 2009, de la legislación relativa al Distrito Capital, que eliminaba el carácter de entidad local autónoma de la capital, Caracas, que regula la Constitución;⁶⁷ y, finalmente, en 2010, de las leyes orgánicas del poder popular destinadas a implementar la rechazada reforma constitucional,⁶⁸ pero esta vez con un definitivo signo marxista, tal como resultó de la declaración del presidente de la República a comienzos de dicho año, al asumir el marxismo,⁶⁹ el cual, como doctrina, fue incorporado ese mismo año 2010 en la Declaración de Principios del partido oficial del gobierno.⁷⁰

Esas leyes sobre el poder popular se sancionaron en diciembre de 2010, atropelladamente, luego de la pérdida de la mayoría calificada que tenía el gobierno como resultado de las elecciones parlamentarias de ese año, no solo en fraude a la voluntad popular y a la Constitución (porque implementaban reformas constitucionales ya rechazadas por el pueblo), sino además, sin consulta popular alguna (violando el principio participativo), lo que terminó de definir el marco normativo de un nuevo Estado, establecido en *paralelo al Estado Constitucional*, desconstitucionalizándolo,⁷¹ denominado “Estado comunal” o del “poder popular”.

eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, *op. cit.*, pp. 49-67.

⁶⁵ Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 5.841 extraordinario de 22 de junio de 2007. Véase Allan R. Brewer, “Comentarios sobre la inconstitucional creación de la Comisión Central de Planificación, centralizada y obligatoria”, *Revista de Derecho Público*, núm. 110, abril-junio 2007, pp. 79-89.

⁶⁶ Sobre los decretos leyes dictados en 2008 implementando la rechazada reforma constitucional, véanse los estudios publicados en el número monográfico de la *Revista de Derecho Público*, núm. 155, julio-septiembre de 2008, 2009.

⁶⁷ Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 39.156, de 13 de abril de 2009. Véase, en general, Allan R. Brewer *et al.*, *Leyes sobre el Distrito Capital y el Área Metropolitana de Caracas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

⁶⁸ Sobre las críticas a estas leyes véase Allan R. Brewer, Claudia Nikken, Luis A. Herrera, Jesús María Alvarado, José Ignacio Hernández *et al.*, *Leyes orgánicas sobre el poder popular y el Estado comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos núm. 50, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, pp. 9-183. Véanse los comentarios más recientes en Sira, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

⁶⁹ En su mensaje anual ante la Asamblea Nacional, el 15 de enero de 2010, el presidente Chávez declaró que “asumía el marxismo”, aunque confesó que nunca había leído los trabajos de Marx (María Lilibeth da Corte, “Por primera vez asumo el marxismo”, *El Universal*, 16 de enero de 2010).

⁷⁰ “Declaración de Principios, I Congreso Extraordinario del Partido Socialista Unido de Venezuela”, 23 de abril de 2010.

⁷¹ Véase, en general, sobre este proceso de desconstitucionalización del Estado, Allan R. Brewer, “La desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela: del Estado democrático y social de derecho al Estado comunal socialista, sin reformar la Constitución”, *Libro Homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Diversas Disciplinas Jurídicas*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila,

Estas fueron, además de la Ley Orgánica del Poder Popular, las leyes orgánicas de las comunas,⁷² del sistema económico comunal,⁷³ de planificación pública y comunal⁷⁴ y de contraloría social.⁷⁵ Además, en el mismo marco de estructuración del Estado comunal montado sobre el poder popular se destacan las reformas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,⁷⁶ de las leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas,⁷⁷ y de los Consejos Locales de Planificación Pública.⁷⁸ En diciembre de 2010, además, se trató de aprobar la Ley Orgánica del Sistema de Transferencia de Competencias y Atribuciones de los Estados y Municipios a las Organizaciones del Poder Popular, la cual no llegó a ser sancionada; no obstante, lo fue en 2012, con el nombre de Ley Orgánica para la Gestión Comunitaria de Competencias, Servicios y otras atribuciones.⁷⁹

La Asamblea Nacional, además, sancionó una ley habilitante que autorizaba al presidente de la República para, por vía de legislación delegada, dictar leyes en todas las materias imaginables, incluso de carácter orgánico, vaciando así por un periodo de 18 meses, hasta 2012, a la entonces nueva Asamblea Nacional de materias sobre las cuales poder legislar. Posteriormente, con estas leyes, sin duda, se decretó una transformación radical del Estado,⁸⁰ con el establecimiento de un Estado socialista por el cual nadie había votado, y más bien había sido rechazado; con el agravante de que ello se hizo sin una reforma a la Constitución.

Este Estado paralelo estableció la comuna como su célula fundamental, buscando suplantarlo inconstitucionalmente al municipio en el carácter que tiene de “unidad política primaria de la organización nacional” (art. 168 de la Constitución), con la consecuente desmunicipalización del país.⁸¹ Es decir, con estas leyes orgánicas se

Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, vol. V, 2012, pp. 51-82; Carlos Tablante y Mariela Morales (coords.), *Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia. Anuario 2010-2012*, Caracas, Observatorio Internacional para la Democracia y la Descentralización, 2011, pp. 37-84; *Estado Constitucional*, año 1, núm. 2, Lima, Editorial Adrus, 2011, pp. 217-236.

⁷² Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 6.011 extraordinario de 21 de diciembre de 2010.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 6.015 extraordinario de 28 de diciembre de 2010.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 6.079 extraordinario de 15 de junio de 2012, reimpresa en *Gaceta Oficial* núm. 39.954 de 28 de junio de 2012.

⁸⁰ Véase en *Gaceta Oficial*, núm. 6.011 extraordinario de 21 de diciembre de 2010. Sobre estas leyes, véase Brewer *et al.*, *op. cit.*; “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela”, *op. cit.*, pp. 81-101.

⁸¹ Véase Brewer, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del poder popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, *op. cit.*, pp. 49-67.

crearon inconstitucionalmente instancias políticas destinadas a vaciar de competencias a los órganos del Estado (la República, los estados, los municipios y demás entidades locales), asignándoles funciones políticas, pero sin asegurar su carácter electivo mediante la elección de sus representantes a través de sufragio universal, directo y secreto; sin asegurar su autonomía política que solo puede derivar de la descentralización; y sin garantizar su carácter pluralista, al disponer que no podían estar vinculados a otra ideología que no fuera el socialismo.

En el centro de esas instancias, como se dijo, se crearon las comunas, a través de las cuales ese Estado ejerce el poder popular, que se concreta en el ejercicio de la soberanía popular supuestamente solo de manera “directa” por el pueblo, y no mediante representantes. Se trata, por tanto, de un sistema político estatal donde se ignoró la democracia representativa, se violó abiertamente la Constitución de la República y se abolió la descentralización política.

Ese Estado comunal, sin sufragio ni representación, se pretendió estructurar mediante una deformada y maleable organización supuestamente para la “participación protagónica del pueblo”, en la cual este, en definitiva, termina ejerciendo la soberanía no en forma directa, sino “indirecta”, pero no mediante representantes electos, sino de “voceros”, quienes no se “eligen” por medio de sufragio, sino que son “nombrados” a dedo para ejercer el poder popular “en nombre del pueblo”, por el partido de gobierno y por instrucciones desde el poder central; organización que tiene la misión de ir vaciando progresivamente de competencias al Estado constitucional representativo. Con estas leyes, entonces, se terminó de definir, al margen de la Constitución, el marco normativo del “Estado participativo”, para funcionar en paralelo al Estado constitucional, que se denominó “Estado comunal” y que si nos atenemos a las experiencias históricas precedentes, todas fracasadas, unas desaparecidas como la Unión Soviética, y otras en vías de degradación como Cuba, no han sido otra cosa que un Estado comunista, para el cual se adoptó al socialismo como doctrina oficial pública, impuesta a los ciudadanos para poder participar, montado sobre un sistema político centralizado, militarista y policial para el ejercicio del poder.

El objetivo fundamental de dichas leyes, como se dijo, fue la organización del “Estado comunal”, buscando suplantar inconstitucionalmente al municipio con la comuna, en el carácter que tiene de “unidad política primaria de la organización nacional” (art. 168 de la Constitución). En ese esquema, y siguiendo la pauta del proyecto de la rechazada reforma constitucional de 2007, se impuso a los municipios la obligación de transferir sus competencias a las comunas, quitándoles competencias, y se organizaron los consejos comunales como supuestas instancias “de participación para el ejercicio directo de la soberanía popular”, definiéndolos supuestamente “en el marco constitucional de la democracia participativa y protagónica”, como instancias de participación que permiten al pueblo organizado “ejercer el gobierno comunitario y la gestión directa de las políticas públicas” en “la construcción del nuevo modelo de sociedad socialista de igualdad, equidad y justicia social”.

Sobre este vaciamiento de las competencias de los órganos constitucionales (estados y municipios) que, por supuesto, solo podría hacerse con una reforma constitucional, la magistrada del Tribunal Supremo, Gladys Gutiérrez, al analizar el “Estado participativo”, destacó que supuestamente se estaba haciendo para “transferir competencias y funciones a las comunidades y grupos vecinales organizados” considerados como “nuevas estructuras orgánicas (sujetos de descentralización) a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades”.⁸² Dichas estructuras, sin embargo, no podían considerarse como tales “sujetos de descentralización”, pues para ello debían tener autonomía política con gobiernos locales electos mediante sufragio universal, directo y secreto, que es consustancial a la descentralización política, lo cual no era cierto. Es decir, bajo el ángulo del principio democrático representativo que se quería eliminar con dichas leyes del poder popular, esos consejos comunales no eran precisamente órganos de representación del pueblo pues sus miembros no son electos mediante sufragio universal, directo y secreto, sino designados a mano alzada en asambleas de ciudadanos (arts. 4.6 y 11), en las cuales solo pueden participar los inscritos en el Partido Socialista Unido del gobierno y, por tanto, son controladas por este, sin que se garantice pluralismo político alguno,⁸³ y a través de este por el poder central.

Para ello, las leyes montaron toda una organización ministerial del Ejecutivo Nacional, que lejos de ser un instrumento de participación y descentralización –concepto que está indisolublemente unido a la autonomía política–, configura el sistema como un marco centralizado sometiendo a las comunidades al control férreo por parte del Poder Ejecutivo a través de un Ministerio de las Comunas, creado como

... órgano coordinador de las políticas públicas relacionadas con la promoción, formación, acompañamiento integral y financiamiento de los proyectos socio-productivos, originados del seno de las comunidades, las comunas o constituidos por entes del Poder Público conforme a lo establecido en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, las disposiciones de la Ley, su Reglamento y demás normativas aplicables. (art. 7)

A este le asignaron competencia para registrar y otorgar la personería jurídica a las organizaciones comunales. Con ello, en definitiva, se dejó en manos del Ejecutivo Nacional la decisión de registrar o no un consejo comunal, una comuna o una ciudad comunal, y ello lo ha hecho, por supuesto, aplicando la letra de la ley, lo que significa que si están conducidas por “voceros” que no sean socialistas, no cabe su registro ni, por tanto, su reconocimiento como persona jurídica, así sea producto

⁸² Véase Gutiérrez, *op. cit.*, p. 538.

⁸³ Con ello se confirmó uno de los temores expresados por Monedero, en el sentido de que “la instauración de un sistema de partido único es una simplificación de la organización humana que asombra por su grosería” (Monedero, “Hacia una filosofía política del socialismo en el siglo XXI”, *op. cit.*, p. 88).

genuino de una iniciativa popular. Es decir, la “participación” quedó en manos del Gobierno central.

Una verdadera democracia participativa solo puede tener lugar en un sistema descentralizado políticamente,⁸⁴ que pueda garantizar, por ejemplo, a los miembros de los consejos comunales, las comunas y todas las organizaciones e instancias del Poder Popular, el ser electos democráticamente por sufragio universal, directo y secreto, y no a mano alzada por asambleas controladas por el partido oficial y el Ejecutivo nacional en contravención del modelo de Estado democrático y social de derecho y de justicia descentralizado establecido en la Constitución.

Es decir, la supuesta “democracia participativa” no fue más que una falacia, pues, en definitiva, en ese “edificio” del Estado comunal se le negó al pueblo el derecho de elegir libremente mediante sufragio universal, directo y secreto a quienes van a representarlo en todos esos ámbitos. Se trató, más bien, de un “edificio” de organizaciones para evitar que el pueblo realmente ejerciera la soberanía e imponerle mediante férreo control central, políticas por las cuales nunca tendrá la ocasión de votar.

Por ello, las “formas de autogobierno comunitarias y comunales, para el ejercicio directo del poder” que se regularon en la Ley Orgánica del Poder Popular (art. 1), al desaparecer el sufragio para elegir sus “voceros”, son contrarias a la concepción de un Estado descentralizado, por carecer de autonomía política, y no fueron establecidas para promover la participación, sino para controlar a la ciudadanía, incluso con un pensamiento único, exclusivamente socialista.⁸⁵ Esta idea de una supuesta participación sin sufragio, incluso fue aceptada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sometida a control total por parte del Poder Ejecutivo, en la Sentencia 355 de 16 de mayo de 2017, donde llegó a afirmar que el “derecho general a

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Allan R. Brewer, “Democracia participativa, descentralización política y régimen municipal”, en Miguel Alejandro López Olvera y Luis Gerardo Rodríguez Lozano (coords.), *Tendencias actuales del derecho público en Iberoamérica*, México, Porrúa, 2006, pp. 1-23; “La descentralización del poder en el Estado democrático contemporáneo”, en Antonio María Hernández (dir.), José Manuel Belisle y Paulina Chiacchiera Castro (coords.), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Instituto Italiano de Cultura de Córdoba, Instituto de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal Joaquín V. González, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 2005, pp. 75-89.

⁸⁵ Véase una crítica a los criterios que hemos expuesto en contra de las leyes orgánicas del poder, en Francisco Palacios, “Falacias ideológicas y aporías técnicas sobre los nuevos procesos políticos de América Latina (en torno a un argumentario de Brewer sobre el hecho social-participativo)”, *Actas Congreso Internacional América Latina: la autonomía de una región (XV Encuentro de latinoamericanistas españoles)*, Madrid, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2012, p. 615. En la primera nota al pie de página, Palacios justificó su artículo diciendo que yo era el más conspicuo de todo este elenco de autores, o el “principal crítico del nuevo modelo constitucional venezolano”, por lo que fui “tomado como ejemplo central porque Allan Randolph Brewer es, a su vez, el autor de referencia de toda la oposición académica al modelo constitucional y de gobierno desde el inicio del proceso político-constitucional en 1999. Las publicaciones académicas que recoge su web personal suman la muy significativa cantidad de mil ochenta y cinco”.

participar en los procesos de decisión en las distintas áreas como la económica, social y cultural”, supuestamente se ha establecido “a diferencia de la democracia representativa [...] no limitándose a la designación de representantes a cargos públicos de representación popular, toda vez que lo que se plantea, en definitiva, es el protagonismo fundamental de los ciudadanos”.⁸⁶ Sin embargo, tratándose de pretendidas entidades políticas territoriales como son los consejos comunales, la designación de sus autoridades no podría realizarse de otra forma que no fuera democráticamente mediante elección por sufragio universal, directo y secreto.

Es un error elemental, por tanto, calificar toda esa estructura de consejos comunales como una organización de “descentralización comunitaria”, para “generar espacios de participación directa estructural, acercando a los ciudadanos los núcleos de toma de decisiones”,⁸⁷ cuando es bien sabido, como lo hemos expresado, que para que haya descentralización política en el derecho público venezolano, entre niveles territoriales donde se tomen decisiones, es indispensable que tanto la entidad que descentraliza una competencia como la que recibe la competencia sean “entidades políticas”, lo que implica que deben tener un gobierno democrático propio, electo mediante sufragio universal, directo y secreto. Este principio es tan viejo como los estudios iniciales de derecho administrativo venezolano.⁸⁸

Es decir, conforme al régimen venezolano se descentraliza entre la República y los estados de la federación, y entre la República y los estados y los municipios (art. 157 de la Constitución), e incluso entre los municipios y las juntas parroquiales (eliminadas inconstitucionalmente en 2010). Todas esas entidades tienen el carácter de ser autónomas y con gobiernos electos mediante sufragio universal directo y secreto. No puede calificarse de “descentralización” la transferencia de competencias municipales, por ejemplo, a consejos comunales que no tienen autonomía política, es decir que no son constitucionalmente “entidades políticas”, y que más bien son controladas por el poder central. Esos llamados “espacios de participación directa estructural” en realidad no acercan “a los ciudadanos a los núcleos de toma de decisiones”,⁸⁹ más bien los alejan al ubicarse dicha toma de decisiones, en la práctica política, en la cúspide del poder central, en un ministerio del Ejecutivo Nacional.

⁸⁶ Véase la *Impugnación de la Ley de reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*. Véanse los comentarios a esta sentencia en Emilio J. Urbina Mendoza, “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la Sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario”; y José Ignacio Hernández G., “Sala Constitucional convalida la desnaturalización del Municipio. Notas sobre la Sentencia N° 355/2017 de 16 de mayo”, *Revista de Derecho Público*, núm. 150-151, enero-junio de 2017, pp. 107-116 y 349-352.

⁸⁷ Palacios, *op. cit.*, p. 616.

⁸⁸ Véase Allan R. Brewer, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Colección Monografías Administrativas, núm. 1, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978 (2ª. ed., Caracas, 1980; 3ª. ed., Caracas, 1983); *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, *op. cit.*

⁸⁹ Palacios, *op. cit.*, p. 616.

El artículo 184 de la Constitución dispone que la ley puede crear mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados descentralicen y transfieran a las comunidades y los grupos vecinales organizados los servicios que estos gestionen; pero para que pueda hablarse de “descentralización”, es necesario que esas organizaciones que se establezcan en “las comunidades y grupos vecinales organizados” estén a cargo de gobiernos locales electos mediante sufragio universal y directo. Es decir, debe tratarse de “entidades políticas” gobernadas mediante los principios de la democracia representativa, que efectivamente acerquen el poder a los ciudadanos para que estos puedan participar. Pero sin esa autonomía política, simplemente no se puede hablar en Venezuela de descentralización.

Por todo ello es que hemos dicho, como lo destacó Francisco Palacios en su crítica, que “el modelo de Estado federal y descentralizado no admitiría instancias políticas que vacíen de competencias el modelo de Estado”, y ello es lo que se hace al crearse en paralelo al Estado constitucional un aparato denominado “Estado comunal”, a cuyas organizaciones deben transferirse las competencias de los estados y municipios; y ello es lo que se propone con las leyes orgánicas del poder popular, a pesar de que, como afirmó el mismo Palacios, “ninguna de las leyes de consejos comunales hace mención al entramado competencial del Estado y mucho menos rompe la distribución competencial del mismo”.⁹⁰ Efectivamente, en dichas leyes no se menciona para nada la estructura del Estado federal; simplemente se la ignora, como si no existiera, pero al disponerse que los órganos del poder público que conforman al Estado federal deben “gobernar obedeciendo al Poder Popular” (art. 24) simplemente se desmorona dicho Estado.

Esto significa que como las organizaciones del poder popular no tienen autonomía política pues sus “voceros” no son electos democráticamente mediante sufragio universal, directo y secreto, sino que, como se ha dicho, son designados por asambleas de ciudadanos controladas e intervenidas por el partido oficial y el Ejecutivo Nacional que controla y guía todo el proceso organizativo del Estado comunal, en el ámbito exclusivo de la ideología socialista, sin que tenga cabida vocero alguno que no sea socialista; en definitiva esto de “gobernar obedeciendo” es una limitación a la autonomía política de los órganos del Estado constitucional electos, como la Asamblea Nacional, los gobernadores y consejos legislativos de los estados, los alcaldes y concejos municipales, a quienes se les impone en definitiva la obligación de obedecer lo que disponga el Ejecutivo Nacional y el partido oficial a través de las organizaciones del poder popular que controlan, todo enmarcado en el ámbito exclusivo del “socialismo” como doctrina política. La voluntad popular expresada en la elección de representantes del Estado constitucional, por tanto, ante estas leyes,

⁹⁰ *Idem.*

no tiene valor alguno, y al pueblo se le confisca su soberanía trasladándola de hecho a unas asambleas que no lo representan.⁹¹

Bibliografía

- AGUIAR, Luis, *Democracia directa y Estado constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1977.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- BREWER, Allan R., “Algo sobre las nuevas tendencias del derecho constitucional: el reconocimiento del derecho a la constitución y del derecho a la democracia”, en Sergio J. Cuarezma y Rafael Luciano (dirs.), *Nuevas tendencias del derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*, Managua, Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), 2011.
- _____, *El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y la destrucción del Estado democrático por el juez constitucional. El caso de Venezuela*, Colección Biblioteca de Derecho Constitucional, Madrid, Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2018.
- _____, “El inicio de la desmunicipalización en Venezuela: la organización del poder popular para eliminar la descentralización, la democracia representativa y la participación a nivel local”, *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, 2009, pp. 49-67.
- _____, “El municipio, la descentralización política y la democracia”, *XXV Congreso Iberoamericano de Municipios*, Guadalajara, Jalisco, México, 23 al 26 de octubre del 2001, 53-61 (México, 2003).
- _____, “Estudio sobre la propuesta presidencial de reforma constitucional para la creación de un Estado socialista, centralizado y militarista en Venezuela (análisis del anteproyecto presidencial, agosto 2007”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, Revista jurídica interdisciplinaria internacional*, Con. 12, La Coruña, 2008.
- _____, “Hacia la creación de un Estado socialista, centralizado y militarista en Venezuela. Análisis de la propuesta presidencial de reforma constitucional”, en *Estudios Jurídicos*, vol. XIII, enero 2004-diciembre 2007.
- _____, “La democracia representativa y la falacia de la llamada ‘democracia participativa’”, en Jorge FERNÁNDEZ (coord.), *Estudios de derecho electoral. Memoria*

⁹¹ Sobre esto, véase lo que expusimos en Allan R. Brewer, “Introducción general al régimen del Poder Popular y del Estado Comunal. (O de cómo en el siglo XXI, en Venezuela se decreta, al margen de la Constitución, un Estado de Comunas y de Consejos Comunales, y se establece una sociedad socialista y un sistema económico comunista, por los cuales nadie ha votado)”, en Brewer, Nikken, Herrera, Alvarado, Hernández *et al.*, *op. cit.*, p. 82.

- del Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011.
- _____, “La democracia, la descentralización y la participación, en el centro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente (1999)”, *El Mundo*, 1999.
- _____, “La Ley Orgánica del Poder Popular y la desconstitucionalización del Estado de derecho en Venezuela”, *Revista de Derecho Público*, núm. 124, 2010.
- _____, “La proyectada reforma constitucional de 2007, rechazada por el poder constituyente originario”, *Anuario de Derecho Público 2007*, año 1, Caracas, Instituto de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, 2008.
- _____, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente (1999)*, Colección Tratado de Derecho Constitucional, t. VI, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013.
- _____, *Derecho administrativo*, t. II (*La organización administrativa y la administración pública nacional. Los Estados y la administración pública estatal. Los municipios y la administración pública municipal*), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela, 2006.
- _____, *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, núm. 42, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- _____, *Introducción al estudio de la organización administrativa venezolana*, Colección Monografías Administrativas, núm. 1, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1978 (2ª. ed., Caracas, 1980).
- _____, *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, Caracas, 2004.
- _____, *La Constitución de la Provincia de Caracas de 31 de enero de 1812. Homenaje al Bicentenario*, Colección Estudios núm. 100, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011.
- _____, *La mentira como política de Estado. Crónica de una crisis política permanente. Venezuela 1999-2015*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- _____, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, núm. 43, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- _____, *Las constituciones de Venezuela*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2 vols. 2008.
- _____, *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*, Caracas, 1991.
- _____, *Principios del Estado de derecho. Aproximación histórica* (Cuadernos de la Cátedra Mezerhane sobre democracia, Estado de derecho y derechos humanos, Miami Dade College, Programa Governa Las Américas), Miami-Caracas, Editorial Jurídica Venezolana International, 2016.
- _____, *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991.

- _____, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001.
- _____, *Reflexiones sobre la Revolución norteamericana (1776), la Revolución francesa (1789) y la revolución hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, 2ª. ed. ampliada, Serie Derecho Administrativo núm. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- BREWER, Allan R. et al., *Leyes sobre el Distrito Capital y el Área Metropolitana de Caracas*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2009.
- BREWER, Allan R., Claudia NIKKEN, Luis A. HERRERA, Jesús María ALVARADO, José Ignacio HERNÁNDEZ y Adriana VIGILANZA, *Leyes orgánicas sobre el poder popular y el Estado comunal (los consejos comunales, las comunas, la sociedad socialista y el sistema económico comunal)*, Colección Textos Legislativos núm. 50, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- CASTRO, Jaime, *La cuestión territorial*, Bogotá, Editorial Oveja Negra, 2003.
- DA CORTE, María Lilibeth, "Por primera vez asumo el marxismo", *El Universal*, 2010. Disponible en: http://www.eluniversal.com/2010/01/16/pol_art_por-primeravez-asu_1726209.shtml
- DUHAMEL, Olivier y Manuel José CEPEDA, *Las democracias. Entre el derecho constitucional y la política*, Bogotá, TM Editores, Universidad de los Andes, 1997.
- FERRER, Eduardo y César de Jesús MOLINA (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
- GARCÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981.
- GONZÁLEZ, Alberto, "Participación en la administración de justicia", en Jorge LONDOÑO (comp.), *Constitucionalismo, participación y democracia*, Bogotá-Tunja, Librería Jurídica Ethos, Uniboyacá, 1997.
- GUTIÉRREZ, Gladys, *El nuevo paradigma constitucional latinoamericano. Dogmática social extensa y nueva geometría del poder. Especial mención a la Constitución de Venezuela (1999)*, Tesis de doctorado, Zaragoza 2011.
- HERNÁNDEZ, Augusto, *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio, "Sala Constitucional convalida la desnaturalización del municipio. Notas sobre la Sentencia 355/2017 de 16 de mayo", *Revista de Derecho Público*, núms. 150-151, 2017.
- Informe sobre el Gobierno Local*, Ministerio para las administraciones públicas, Madrid, Fundación Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomicos y Locals, 1992.
- MONEDERO, Carlos, "Hacia una filosofía política del socialismo en el siglo XXI", *Cuadernos del Cendes*, núm. 68, año 25, 2008.
- _____, "La reinención de la Venezuela revolucionaria y los fantasmas del pasado", *Revista Comuna. Pensamiento Crítico en la Revolución*, núm.1, 2009.

- _____, “Socialismo y consejos comunales: la filosofía política del socialismo en el siglo XXI”, *Comuna. Pensamiento crítico en la revolución*, núm. 4, 2011.
- PALACIOS, Francisco, “Falacias ideológicas y aporías técnicas sobre los nuevos procesos políticos de América Latina (en torno a un argumentario de Brewer Carías sobre el hecho social-participativo)”, *Actas Congreso Internacional América Latina: la autonomía de una región (XV Encuentro de latinoamericanistas españoles)*, Madrid, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, 2012.
- RACHADELL, Manuel, *Socialismo del siglo XXI. Análisis de la reforma constitucional propuesta por el presidente Chávez en agosto de 2007*, Caracas, Funeda, Editorial Jurídica Venezolana, 2007.
- RETORTILLO, Sebastián Martín *et al.*, “Introducción”, *Descentralización administrativa y organización política*, t. I, Madrid, Ediciones Alfaguara, 1973.
- SAGAWÉ, Thorsten, “La situación de los pequeños municipios en Europa: con especial referencia a la República Federal de Alemania”, en Luis Villar *et al.*, *Problemática de los pequeños municipios en Colombia: ¿supresión o reforma?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- SARTORI, Giovanni, *¿Que es democracia?*, Bogotá, Altamira Editores, 1994.
- SIRA, Gabriel, *Poder popular, descentralización y participación ciudadana*, Caracas, Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 2018.
- SOBOUL, Albert, *La révolution française*, Paris, Gallimard, 1981.
- TABLANTE, Carlos y Mariela MORALES (coord.), “Descentralización, autonomía e inclusión social. El desafío actual de la democracia”, *Anuario 2010-2012, Observatorio Internacional para la democracia y descentralización, Cambio*, 2011.
- TERRAZONI, André, *La décentralization a l'épreuve des faits*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1987.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo régimen y la Revolución*, t. I, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- _____, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.
- URBINA, Emilio, “Todas las asambleas son sufragios, y muchos sufragios también son asambleas. La confusión lógica de la Sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad entre los conceptos de sufragio y voto asambleario”, *Revista de Derecho Público*, núm. 150-151, 2017.
- VANDELLI, Luciano, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992.
- VICIANO, Roberto y Rubén MARTÍNEZ, “Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007)”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 14, núm. 2, 2008.
- VILLAR, Luis *et al.*, *Problemática de los pequeños municipios en Colombia. ¿Supresión o reforma?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

Pablo Roberto Toledo* (Argentina)

Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar**

RESUMEN

El derecho de acceso a la información pública se vincula estrechamente a la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública, el derecho a estar libre de corrupción y la consolidación de los procesos democráticos, aspectos claves para superar los desafíos que debe enfrentar el constitucionalismo actual. Por ello, describimos las aristas y los principios del derecho de acceso a la información pública, para luego concentrarnos en el modelo de transparencia activa, herramienta clave para la vigencia de dicho derecho.

Palabras clave: información, pública, transparencia activa, garantías.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Recht auf Zugang zur öffentlichen Information steht in direktem Zusammenhang mit der staatsbürgerlichen Partizipation, der Verwaltungstransparenz, dem Recht auf Freiheit von Korruption und der Konsolidierung der demokratischen Prozesse, also mit Aspekten, die von entscheidender Bedeutung für die Bewältigung der Herausforderungen sind, vor denen der Konstitutionalismus heute steht. Daher sollen zunächst die Konturen und Grundsätze des Rechts auf Zugang zur öffentlichen Information beschrieben werden. Anschließend wird auf das Modell der aktiven Transparenz als wesentliches Instrument für die Geltung dieses Rechts eingegangen.

* Abogado, Universidad Nacional de Tucumán (UNT); doctor en Derecho, Universidad Nacional de Rosario (UNR); magíster en Derecho Procesal de la misma Universidad. Docente de Derecho Procesal y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la UNT; docente de posgrado y relator de la Corte Suprema de Justicia, Tucumán. pabl robertotoledo@hotmail.com

** El trabajo se enmarca en los avances, cambios y desafíos en materia constitucional de los últimos 25 años. El derecho de acceso a la información pública constituye un elemento clave en los avances y desafíos que debe enfrentar el constitucionalismo latinoamericano. A su vez, este derecho depende del fortalecimiento del modelo de transparencia activa; a ello apunta nuestro trabajo.

Schlagwörter: Öffentlichkeit, Transparenz, Grundrechte.

ABSTRACT

The right of access to public information is closely linked to citizen participation, transparency in public management, the right to be free from corruption, and the consolidation of democratic processes, aspects that are key for overcoming the challenges that current constitutionalism must face. Therefore, we describe the limits and principles of the right of access to public information, in order to then focus on the model of active transparency, a key tool for the validity of that right.

Key words: Information, public, transparency, active transparency, guarantees.

1. La “constitucionalización” de la participación democrática

El crecimiento exponencial del constitucionalismo en los últimos 25 años en Latinoamérica permite advertir que sus avances, cambios y desafíos comprenden una extensa gama de facetas y expresiones. Sin embargo, es de destacar que ese crecimiento del constitucionalismo se vincula estrechamente al fortalecimiento de los procesos democráticos en Latinoamérica, donde los últimos 25 años han servido para estabilizar las reglas, los valores y los principios de la democracia. Por ello, más allá de la variada gama de avances, cambios y desafíos que se vivenciaron en materia constitucional, procuraremos abordar un aspecto que se vincula directamente al fortalecimiento de las democracias en Latinoamérica.

En ese sentido debemos recordar que el modelo de Estado constitucional de derecho tuvo y tiene un rol determinante en los procesos de consolidación democrática en Latinoamérica, donde el constitucionalismo tiene el deber de impulsar y acompañar aquellos procesos a partir de interpretaciones constitucionales que sostengan un modelo democrático. Ello, en ocasiones, puede significar una “sobreinterpretación” de la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, es decir, pasar de una interpretación literal a una extensiva o evolutiva, de manera que del texto constitucional o supranacional puedan extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos que respondan a los valores vigentes en una sociedad democrática.¹

Esto tiene especial relevancia cuando se vincula a los procesos de participación democrática de la sociedad, dado que robustecer esos procesos implica fortalecer la democracia. Sobre el particular, cabe resaltar que frente a los sustanciales procesos de transformación social que experimentan las sociedades modernas, el mundo

¹ Joseph Aguiló, “Postitivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, pp. 667 y ss.

se inclina por un derecho constitucional con mayor injerencia del poder soberano del pueblo, lo que se denominó democracia semidirecta o participativa.² Desde esa perspectiva, se explica el fortalecimiento de instrumentos como la iniciativa popular, la consulta popular (en ocasiones incluso vinculante), los presupuestos participativos, las audiencias públicas, la amplitud de la tutela judicial efectiva, incluso la intervención de los “amigos del tribunal” (*amicus curiae*),³ entre otros. Todas esas herramientas permiten el empoderamiento de la sociedad frente a sus ocasionales gobernantes.

Robustecer esa participación de la sociedad en la gestión pública implica la posibilidad de un control sobre el funcionamiento del Estado. No existe requerimiento más actual e importante para conseguir la credibilidad democrática que un poder estatal responsable y permeable al escrutinio de la sociedad. La transparencia de la *res pública* es, sin duda, un ineludible corolario de la democracia, en tanto la idea de la transparencia administrativa, caracterizada por una evidente carga axiológica, contribuye innegablemente a ofrecer a la administración la legitimidad que actualmente está en permanente cuestionamiento. Mediante la visibilidad, cognoscitividad, accesibilidad y, por tanto, posibilidad de control de los actos de la administración pública, viene a reforzarse este concepto de legitimidad democrática.⁴

No obstante, el efectivo ejercicio de ese control de la sociedad sobre el Estado demanda que aquella cuente con información veraz, adecuada y actualizada. Por eso, el derecho de acceso a la información pública constituye una herramienta clave para que la sociedad pueda fiscalizar y participar en los procesos de decisión sobre las políticas públicas. Ese rol de los ciudadanos, dirigido a distinguir y juzgar las políticas públicas, se verá condicionado por las posibilidades reales de tener acceso a información en poder del Estado, la que es requerida para formar su propia opinión relativa a la gestión estatal.

En ese marco, la intensión del presente trabajo está focalizada en analizar el derecho de acceso a la información pública, que, a su vez, plantea en sí mismo progresos, transformaciones y desafíos en el constitucionalismo actual.

² Walter F. Carnota y Patricio A. Maraniello, *Participación ciudadana*, Buenos Aires, Universitas, 2006, p. 33.

³ Bazán señala que tanto las audiencias de carácter público como los *amicus curiae* constituyen instrumentos útiles para ensanchar el horizonte de participación popular en causas que excedan el interés propio y específico de las partes directamente involucradas en la contienda y, paralelamente, ofrecen provecho para *transparentar* el debate judicial (Victor Bazán, “Justicia y transparencia: panorama y cuestiones conflictivas en el orden federal”, en VV.AA., *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, ConTexto, 2017, pp. 19-63).

⁴ Marcela Basterra, *Acceso a la información pública y transparencia*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 2-3.

2. El acceso a la información pública: un catalizador del proceso democrático

La referencia a la necesidad de que el constitucionalismo “acompañe” los procesos de consolidación democrática a partir de la “sobreinterpretación” de las normas constitucionales y supranacionales se vincula estrechamente al criterio hermenéutico adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para considerar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra incluido en el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ (CADH). Debemos recordar que el contenido de la libertad de pensamiento y de expresión implica, no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La libertad de expresión, desde su dimensión social, constituye un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, informaciones, relatos y noticias.⁶

Desde esa perspectiva, la Corte IDH sostuvo que “el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención”⁷. Consecuentemente, la Corte IDH señaló que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (CADH, art. 13) incluye el derecho de las personas a recibir la información en poder del Estado y la obligación positiva de este último de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando, por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto.⁸

La relevancia que reviste la entrega de la información a una persona radica en que ello puede permitir, a su vez, que aquella circule en la sociedad, de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma,

... el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado,

⁵ 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.

⁶ Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73, párrs. 64 y ss.

⁷ 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.

⁸ *Idem*.

el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea.⁹

De ese modo, se observa que el impacto del derecho de acceso a la información pública se encuentra íntimamente relacionado con el proceso de “transparencia” del Estado. En ese sentido, la Corte IDH señaló que

... el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.¹⁰

Se observa que la transparencia es un valor fundamental para la democracia, por lo que 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.¹¹

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibid.*, párrs. 86-87.

¹¹ 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 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.

Asimismo, ese modelo de transparencia que proyecta el derecho de acceso a la información pública aporta herramientas clave para la construcción de un sistema preparado para la lucha contra la corrupción. Debemos recordar que la corrupción es un problema complejo y multifacético, que debe ser abordado holística e interdisciplinariamente, en tanto compromete de manera muy grave a la democracia, la gobernabilidad y el desarrollo socioeconómico del Estado.¹²

El objetivo, entonces, es conformar un modelo de gestión transparente que fije bases que obstaculicen las prácticas de corrupción. Por ello, la lucha contra la corrupción y la impunidad debe incluir un sistema articulado de políticas de Estado que involucre programas de prevención, mediante políticas concertadas y eficientes que incluyan la participación de la comunidad y reflejen los principios del Estado constitucional y convencional, el imperio de la ley, los valores democráticos, la correcta gestión de los asuntos y bienes públicos, la ética, la integridad, la transparencia y la rendición de cuentas, entre muchos otros aspectos.¹³

Cuanto mayor sea la información pública disponible para la sociedad, menor será la probabilidad de que la corrupción se extienda en la administración estatal. En efecto, el acceso a la información pública se encuentra estrechamente relacionado con el proceso de “transparencia” del Estado y el derecho de la sociedad a estar libre de corrupción. Como se advierte, los efectos del acceso a la información pública se extienden sobre diversos aspectos del funcionamiento del Estado y la sociedad, en tanto fomentan la participación ciudadana y promueven que la sociedad se involucre en los asuntos del Estado, aportando a la construcción de un debate sobre políticas públicas. Aquel funciona como un mecanismo de control sobre la *res* pública y un instrumento para mejorar la administración pública y hacerla más eficaz.

Estos ámbitos, donde impacta el acceso a la información pública, se vinculan estrechamente a la construcción de una democracia no solo formal o procedimental, sino especialmente con el aspecto sustantivo de la democracia, todo lo cual torna nítido el vínculo entre el acceso a la información pública y la construcción de un Estado democrático. Sobre el particular, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) consideró en diversas resoluciones que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, a la vez que aclara que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.¹⁴ Por ejemplo, la información resulta esencial

¹² Víctor Bazán, “Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (eds.), *Justicia y política en América Latina*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2018, pp. 1-48.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 219, párr. 198.

a la hora de elegir democráticamente a los gobernantes, al renovar la confianza en ellos o mudar la representación.¹⁵

Estos elementos demuestran la relevancia que adquiere el efectivo acceso a la información pública en la sociedad, la cual funciona como un verdadero catalizador del proceso democrático. Es que la construcción de una sociedad democrática exige robustecer el debate público, donde se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad.¹⁶

En ese marco, el acceso a la información pública es decisivo para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre.¹⁷ Por ello, para que la sociedad pueda participar del debate público e incidir en la formación de la opinión pública, necesita acceso a información en poder del Estado; solo de ese modo se garantizan las premisas de un Estado democrático, donde la información no pertenece al Estado, sino al pueblo.¹⁸

3. Reconocimiento internacional y jerarquía del derecho de acceso a la información pública

Como se señaló, el derecho de acceso a la información pública forma parte de los derechos protegidos por la CADH, en tanto la Corte IDH lo consideró incluido en el artículo 13 de dicho instrumento. Sin lugar a dudas se trata de un dato relevante, por la influencia y el predicamento que ostenta la Convención; sin embargo, el reconocimiento de aquel en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos también surge de otros instrumentos y pronunciamientos. Cabe mencionar, sobre el particular, que la Asamblea General de la OEA dictó resoluciones específicas sobre la cuestión, instando a los Estados a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública de todas las personas.¹⁹

¹⁵ María Angélica Gelli, "El acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: derecho fundamental y sostén político de la República", en Guillermo Scheibler (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 104 comentada y concordada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 201.

¹⁶ Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párr. 69.

¹⁷ Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, párr. 112.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), "CIPPEC vs. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986", 26 de marzo de 2014, La Ley 2014-C, p. 500.

¹⁹ OEA, Resolución AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre "Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia", punto resolutivo 2; Resolución AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junio de 2008 sobre "Acceso a la información pública:

En su proceso de consolidación también fue clave la aprobación por parte de la Asamblea General de la OEA de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información (en adelante, Ley Modelo OEA)²⁰ y su Guía de implementación, donde se comienzan a fijar alcances y contornos más concretos y precisos sobre los estándares internacionales que deben regir en la materia.

Ello fue complementado con los solventes informes elaborados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, en especial, los informes sobre “Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano” (2009), “El derecho de acceso a la información pública en las Américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales” (2012), “El derecho al acceso a la información pública en las Américas: entidades especializadas para la supervisión y cumplimiento” (2014), el “Acceso a la información pública en materia de violencia y discriminación contra las mujeres: avances y desafíos pendientes en las Américas” (2018), entre otros. En ellos, el Relator Especial señala que una ciudadanía activa, que exige información, debe verse respaldada por una estructura estatal democrática. Desde esa perspectiva, observa que las costumbres propias del autoritarismo, tales como hacer regla general el secreto de la información del Estado y la publicidad de la información sobre los individuos, repelen el ideal del sistema interamericano de promoción y fortalecimiento de sociedades y Estados democráticos, en donde la regla general es precisamente la inversa, la publicidad de los actos estatales y la privacidad de la información de los individuos.

En efecto, el derecho de acceso a la información pública es reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el derecho internacional de los derechos humanos en general, lo que implica otorgarle una jerarquía especial en la dinámica jurídica propia de cada país, en especial, cuando la Corte IDH, desde el Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile,²¹ estableció la necesidad de que las autoridades internas de los países realicen un “control de convencionalidad” a fin de garantizar que las disposiciones de la CADH no se vean mermadas por la aplicación de leyes internas contrarias al objeto y fin de aquella, por lo que se deben restar efectos jurídicos a las normas internas que sean incompatibles con la CADH y la interpretación que sobre dicho instrumento haya realizado la

fortalecimiento de la democracia”; Resolución AG/RES. 2661 (XLI- O/11) de 7 de junio de 2011 sobre “Acceso a la información pública y protección de datos personales”, entre otras.

²⁰ Aprobada por AG/Res. 2607 (XL-O/10), cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010.

²¹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154.

Corte IDH (párr. 124). Ese control debe ser realizado aun de oficio,²² y es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.²³

A su vez, como señala Néstor P. Sagüés, junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un reciclaje de la norma nacional, sea constitucional o subconstitucional. Agrega que esa posibilidad es muy clara a partir del Caso Radilla Pacheco vs. México, párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal, lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.²⁴

A partir de allí, se observa que debido a la jerarquía “convencional” que adquiere el derecho de acceso a la información pública en el sistema interamericano de derechos humanos, los Estados, a través del control de convencionalidad, deben incorporar los estándares internacionales a su derecho interno, ajustando su legislación a los efectos de asegurar la vigencia de aquel derecho en el plano local.

4. Algunos aspectos clave para la garantía del derecho de acceso a la información pública

En la materia bajo análisis operan una serie de principios que informan todo el derecho de acceso a la información pública. Entre ellos podemos mencionar los principios de máxima divulgación,²⁵ de transparencia, de accesibilidad, de máxima premura, de gratuidad, *in dubio pro petitor*, de facilitación, de buena fe, informalismo, entre otros.²⁶ Estos principios son importantes porque los derechos y deberes relativos al acceso a la información pública deben ser interpretados a través de ellos. Es decir, junto con los valores propios de la materia, conforman pautas para determinar la inteligencia y el alcance que cabe asignar a cada disposición ante un determinado conflicto.²⁷

²² Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 158, párr. 128.

²³ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, párr. 239.

²⁴ Néstor P. Sagüés, *Derecho constitucional*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 69 y ss.

²⁵ Reconocido expresamente por la Corte IDH, en el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párr. 92.

²⁶ Por ejemplo, la Ley 27.275 (Argentina), en su artículo 1º, contiene un catálogo de los principios y establece sus contenidos.

²⁷ Matías A. Sucunza, “Acceso a la información pública: apuntes de una ley imprescindible pero insuficiente”, *RDA*, 2017, pp. 101, 109.

En función de ello, los principios señalados deben ser interpretados de forma integrada y armónica, de modo que su articulación sea natural a los efectos de lograr la efectiva vigencia del derecho de acceso a la información pública. Desde esa perspectiva, los sujetos obligados no pueden fundar el rechazo de una solicitud de información en razones que impliquen discriminaciones, en el incumplimiento de un pago, de requisitos meramente formales o de cualquier otra excusa contraria a la buena fe. A su vez, la información debe brindarse de forma completa, con el mayor nivel de desagregación posible y debe ser entregada con la máxima celeridad, en tiempos compatibles con la preservación de su valor.

La vigencia de estos principios tiende a remover los obstáculos estructurales que enfrenta la sociedad en el momento de pretender el acceso a la información pública y a no construir barreras innecesarias para la vigencia del derecho en su dimensión sociológica.

Vamos a concentrarnos aquí en tres aspectos clave para garantizar la efectiva vigencia del derecho de acceso a la información pública y, por tanto, que deben encontrar recepción en las legislaciones que regulan la materia.

1. *Legitimación activa*. El derecho de acceso a la información pública requiere máxima amplitud en relación con los legitimados activos. Eso implica que cualquier persona (humana o jurídica²⁸) puede solicitar información que se encuentra en poder del Estado, y la misma deberá ser entregada sin necesidad de que aquel acredite un interés directo para su obtención o una afectación personal.²⁹ Dicho de otra manera, toda persona, todo habitante, tiene ese derecho. Es la consagración de la acción popular en la materia.³⁰
2. *Legitimados pasivos*. La relevancia y la evolución del acceso a la información pública llevaron a interpretar que, entre los legitimados pasivos, aparezcan nuevos sujetos cobijados por la obligación de suministrar información. Ciertamente, no se detiene en los tres poderes tradicionales del Estado, sino que avanza a los órganos extrapoder, la descentralización del Estado con fines empresariales, la prestación indirecta del servicio público, los partidos políticos, sindicatos, universidades y entidades privadas con aportes o subsidios del Estado.³¹ Es decir, el acceso a la información pública trasciende las esferas específicas del poder estatal y comprende a sujetos vinculados a su funcionamiento y sus recursos económicos.³²

²⁸ Scheibler, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

²⁹ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párr. 77.

³⁰ María Angélica Gelli, "Ley de acceso a la información pública, los principios, los sujetos obligados y las excepciones", *La Ley*, 2016-E, p. 1040.

³¹ Véase Scheibler, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

³² Por ejemplo, artículo 7 de la Ley 27.275 (Argentina); artículo 1 de la Ley 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, etc.

3. *Principio de máxima divulgación y su efecto sobre las restricciones.* La Corte IDH señaló que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones.³³

Como consecuencia de ello, corresponde al Estado demostrar que, al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control, ha cumplido con los estándares que fija la Corte IDH para que esa restricción sea legítima. Para ello se requiere que la restricción haya sido impuesta por ley en sentido formal, responda a alguno de los objetivos permitidos por la CADH, esto es, “el respeto de los derechos o de la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Además, esa restricción debe ser necesaria en una sociedad democrática, lo que depende de que esté orientada a satisfacer un interés público imperativo. A su vez, entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho de acceso a la información pública. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.³⁴ Estas restricciones se vinculan a la necesidad de distinguir entre información pública e información reservada, dado que esta última, si bien es pública, puede encontrar ciertas limitaciones.

Asimismo, cabe aclarar que la carga de la prueba de la legitimidad de la restricción corresponde al Estado,³⁵ y que cuando se deniega una solicitud de información debe hacerse mediante una decisión escrita, debidamente fundamentada, que permita conocer cuáles son los motivos y las normas en que se basa para no entregar la información en el caso concreto.³⁶ Esto implica que los sujetos obligados solo pueden rechazar un requerimiento de información si exponen, describen y demuestran de manera detallada los elementos y las razones por las cuales su entrega resulta susceptible de ocasionar un daño al fin legítimamente protegido. De esta forma, se busca evitar que, por vía de genéricas e imprecisas afirmaciones, pueda afectarse el ejercicio del derecho y se obstaculice la divulgación de información de interés público.

En ese marco, y al ser clave el control judicial suficiente de las razones que esgrimen los sujetos obligados para no entregar la información, a veces es necesario que aquellos le exhiban solo al magistrado/a que interviene en el caso, en forma confidencial (sin que tenga acceso la parte interesada en acceder a la información), los documentos o la información que pretende reservar bajo secreto, para que aquel, tomando conocimiento personal y directo, verifique que se justifica mantener en

³³ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, cit., párr. 92.

³⁴ *Ibid.*, párrs. 89-93.

³⁵ *Ibid.*, párr. 93.

³⁶ *Ibid.*, párrs. 77 y 158.

secreto el contenido de esa información a la luz de los estándares internacionales en la materia. Se trata de una facultad similar a la que contempla el procedimiento denominado *in camera* o *in chamber* (“en cámara”) en Estados Unidos, en el cual se habilita el acceso a la documentación solamente al juez o jueza de la causa. En ese caso, el tribunal tiene la facultad de analizar si la decisión del organismo que clasificó la información es apropiada o no, mediante la revisión de la documentación a puertas cerradas y sin la participación de la otra parte interesada.³⁷ En palabras de la Suprema Corte de Estados Unidos, constituye un “compromiso viable” entre derechos o intereses contrapuestos.³⁸

Puede suceder, también, que las razones invocadas por los sujetos obligados para mantener en reserva determinada información o documento puedan parecer justificadas; sin embargo, aquellas pueden no responder al verdadero contenido de la información. Para demostrar la necesidad de emplear este mecanismo podemos recordar que cuando en Estados Unidos se desclasificó información reservada por el Gobierno de dicho país, entre la información obrante en el Departamento de Estado sobre Chile se verificó que ciertos documentos reservados invocando razones de seguridad se vinculaban, por ejemplo, a los gustos alcohólicos de Pinochet en materia de *whisky* y *pisco sour*;³⁹ es claro en este caso que las razones para invocar el secreto pueden ser injustificadas y esto solo puede evaluarse plenamente cuando el magistrado tiene un acceso pleno a la información que se pretende reservar.

5. Evolución y desafíos en materia de acceso a la información pública: el modelo de transparencia activa, rendición de cuentas y gobierno abierto

El derecho de acceso a la información pública también debe experimentar evolución y superar desafíos, dado que la vigencia de dicho derecho no está exenta de tensiones, en especial, a raíz del factor temporal. Es que en ocasiones los mecanismos tradicionales de acceso a la información pública (solicitud extrajudicial y eventual

³⁷ Dolores Lavalle, *Derecho de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Astrea, 2009, pp. 358 y ss. La autora aclara que el procedimiento *in camera* fue incorporado a la Freedom of Information Act (FOIA) mediante la reforma de 1974, como consecuencia del fallo “EPA v. Mink” (410 U.S. 73) de la Suprema Corte, y si bien al principio solo estaba autorizado en caso de que surgiera evidencia de mala fe, posteriormente se elevó el estándar de protección, autorizando la apertura del procedimiento aunque no hubiera evidencia de mala fe.

³⁸ Véase Suprema Corte de los Estados Unidos, *Department of the Air Force et al. v. Michael T. Rose et al.* 425 U.S. 352. Ramiro Álvarez Ugarte, “Inteligencia, democracia y acceso a la información”, *La Ley*, 2011-E, p. 398.

³⁹ Mario Rejtman, “Los caminos por recorrer en materia de libre acceso a la información”, en Guillermo Scheibler (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 104 comentada y concordada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, p. 272, nota 54.

juicio para obtenerla) pueden resultar insuficientes para garantizar el acceso oportuno a esa información. Como señala Néstor P. Sagüés, entre la interposición de la solicitud de información, su eventual denegatoria (expresa o tácita) por parte del sujeto obligado, y los recursos ante la justicia, en todas sus instancias, la cuestión puede llevar mucho tiempo antes de encontrar una respuesta judicial definitiva,⁴⁰ lo que, complementado con la resistencia estructural que puede caracterizar al poder estatal, podría conducir a la frustración de los fines del derecho analizado (tiempos incompatibles con la preservación de su valor). Esto nos obliga a buscar soluciones.

En ese marco, una herramienta clave para el acceso a la información pública consiste en imponer a los sujetos obligados el deber legal de publicar y disseminar cierta información esencial de manera proactiva (en especial, la información relevante para sus distintos grupos de interés), a través de medios accesibles y en forma permanente y actualizada. En ese sentido, la Ley Modelo de la OEA sobre acceso a la información señala “que aun en la ausencia de una petición específica, los órganos públicos deberán divulgar información sobre sus funciones de forma regular y proactiva, de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”, mientras que su Guía de implementación señala que una ley de acceso a la información puede exigir a los organismos públicos divulgar de forma proactiva cierta información y documentos. Estos requisitos tienen generalmente por objeto fomentar la transparencia y la confianza en el Gobierno, proporcionando información útil al público.⁴¹

Esta obligación se conoce como modelo de *transparencia activa* (también llamado “información pública positiva” o “publicidad activa”), dado que la acción de apertura se inicia desde el Estado, sin esperar requerimiento o solicitud alguna de la sociedad. Basterra sostiene que el modelo de transparencia activa “implica la obligación de los requeridos de publicar cierta información relevante, precisa y actualizada, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la ley sin que ninguna persona o institución se lo haya solicitado”.⁴²

En el mismo sentido, esta obligación de transparencia activa se precisa en la resolución del Comité Jurídico Interamericano acerca de los “Principios sobre el derecho de acceso a la información”, donde se establece que

... los órganos públicos deben difundir información sobre sus funciones y actividades –incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos– de

⁴⁰ Néstor P. Sagüés, *Derecho constitucional*, t. 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 245.

⁴¹ OEA, “Comentarios y Guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información”, CP/CAJP-2841/10, 23 de abril de 2010, p. 47. Documento presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General.

⁴² Basterra, *op. cit.*, p. 308.

forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible.⁴³

También, sobre el modelo de transparencia activa; así, en la Declaración Conjunta de 2004 los relatores para la libertad de expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la OEA y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) precisaron que “las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público”; y que “se establecerán sistemas para aumentar, con el tiempo, la cantidad de información sujeta a dicha rutina de divulgación”.

Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, la Corte IDH sostuvo que

... considera importante implementar la obligación de transparencia activa en relación con las prestaciones en salud y seguridad social a las que tienen derecho las personas con discapacidad en Argentina. Ello impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, entre otros, respecto a la información que se requiere para el acceso a dichas prestaciones. Dicha información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible y encontrarse actualizada. Asimismo, dado que sectores importantes de la población no tienen acceso a las nuevas tecnologías y, sin embargo, muchos de sus derechos pueden depender de que conozcan la información sobre cómo hacerlos efectivos, el Estado debe encontrar formas eficaces para realizar la obligación de transparencia activa en tales circunstancias.⁴⁴

Es que, si bien el cumplimiento de esa obligación de publicar cierta información se realiza, en general, a través de las respectivas páginas o sitios web, ese mecanismo puede resultar inaccesible para ciertos grupos de interés, lo que podría exigir –a fin de lograr una transparencia efectiva– la búsqueda de otras formas de divulgación, orientadas a cada grupo específico (p. ej., pueblos indígenas, comunidades campesinas, personas en situación de discapacidad, etc.). Lo relevante es que la información llegue a toda la sociedad y cumpla ciertos estándares, en especial, que sea de fácil y libre acceso, relevante, comprensible y actualizada.⁴⁵

⁴³ Comité Jurídico Interamericano, Resolución 147 del 73° periodo ordinario de sesiones, 7 de agosto de 2008, “Principios sobre el derecho de acceso a la información”, OEA/Ser. Q CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), resolutivo cuarto.

⁴⁴ Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246, párr. 294.

⁴⁵ Alfonso Buteler, “Derecho de acceso a la información pública”, en Silvia B. Palacio de Caeiro (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 1811.

Más allá de lo anterior, debemos destacar que mediante la utilización de las tecnologías disponibles se puede, no solo informar, sino también lograr que los organismos brinden una mejor atención al ciudadano en cuanto a sus objetivos y competencias, ya sea a través de la consulta electrónica de expedientes, el acceso a planillas y formularios o la publicidad de sus servicios, herramientas estas que permiten una mayor economía de trámite tanto en tiempos como en costos. El paradigma de la transparencia activa implica poner a disposición de la sociedad información adecuada, organizada y de inmediata disponibilidad como medio para una efectiva rendición de cuentas y control ciudadano, de modo que la sociedad, además de recibir información sobre los servicios del organismo y los posibles trámites por realizar (gestión electrónica de sus servicios), pueda controlar su gestión y la de sus funcionarios fiscalizando el empleo de los recursos públicos que administra y promoviendo una cultura de participación, monitoreo y control. La información ofrecida tiene por objeto transparentar la gestión pública, rendir cuentas, informar sobre las políticas públicas, los programas sociales, etc., todo lo cual redundará en beneficios para la sociedad.

Son muchas las expresiones en el continente americano del modelo de transparencia activa; por ejemplo, en Argentina, la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley 27.275)⁴⁶ contempla y regula el modelo de transparencia activa, señalando que ciertos organismos “deberán facilitar la búsqueda y el acceso a la información pública a través de su página oficial de la red informática, de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y procurando remover toda barrera que obstaculice o dificulte su reutilización por parte de terceros” (art. 32). Este modelo de transparencia activa también está contemplado en otros países de nuestro continente, con una cobertura normativa interesante en las experiencias de México, Chile, Ecuador, Uruguay, Paraguay y Estados Unidos,⁴⁷ mediante la cual se persigue fortalecer la confianza pública y avanzar en la incorporación de prácticas de gobiernos abiertos que las encaminen a elevar sus estándares de transparencia, consolidar lazos con sus grupos de interés y lograr legitimidad frente a la sociedad.

Respecto del alcance de la obligación de transparencia activa, el parágrafo 11 de la Ley Modelo de la OEA sobre acceso a la información realiza una enumeración de la información que los obligados deberán publicar en forma completa, actualizada, por medios digitales y en formatos abiertos. Se trata de un piso mínimo, de donde podemos destacar la siguiente información que deben publicar las organizaciones: a) estructura, funciones y deberes; b) escalas salariales; c) mecanismos internos y externos de supervisión; d) presupuesto y planes de gasto; e) servicios que brindan; f) mecanismos de presentación directa de solicitudes o denuncias a disposición del público, y todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el

⁴⁶ Publicada en el *Boletín Oficial*, 29 de septiembre de 2016.

⁴⁷ Para un análisis más amplio del derecho comparado, véase Basterra, *op. cit.*, pp. 309 y ss., y Buteler, *op. cit.*, pp. 1813 y ss.

público pueda presentar peticiones; g) una lista completa de los subsidios otorgados por la autoridad pública, etc.

Se observa que la información que deben publicar las organizaciones no solo incluye lo relativo a su composición, funcionamiento y gastos en general, sino también los servicios que esa organización brinda a la sociedad en donde se encuentra inserta. Es que una correcta implementación del modelo de transparencia activa permite abrir canales de comunicación, elevar la gestión y mejorar el impacto de los proyectos y servicios ejecutados.

El desafío es consolidar una cultura de gobierno abierto dentro de los cuadros funcionales y la práctica institucional cotidiana, propiciando que los valores de transparencia y acceso a la información sean parte de la cultura organizacional. El concepto de gobierno abierto se sustenta en los pilares de transparencia, participación y colaboración, sin olvidar desde luego a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La transparencia implica, entre otras cosas, la apertura de datos e información socialmente útiles, el empleo de un vocabulario claro, y la supervisión y evaluación de la organización. La participación se asienta en la accesibilidad, propiciando el acercamiento a la organización por parte de sus usuarios, la generación de espacios de diálogo, etc. La colaboración involucra, *inter alia*, la interacción horizontal con instituciones, la coordinación con otras organizaciones y el robustecimiento de una cultura de transparencia.⁴⁸

Por ello, un gobierno abierto, en el actual contexto, es aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de oír lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta, que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente, y lo consigue gracias a las TIC actualmente disponibles (Calderón y Lorenzo, 2010, en Villoria).⁴⁹

Todo ello se vincula de manera estrecha a una política de rendición de cuentas, posibilitando un espacio para repensar la gestión. Existe, entonces, una total simbiosis entre los conceptos de gobierno abierto, rendición de cuentas y transparencia activa.

Además de los señalados beneficios, Basterra destaca que el modelo de transparencia activa permite ahorrar tiempo y gastos, tanto al sujeto pasivo como al solicitante, evitando repetición de solicitudes y tiempos de espera. Es decir, permite disminuir los pedidos o las solicitudes de acceso a la información pública por parte

⁴⁸ Bazán, "Justicia y transparencia: panorama y cuestiones conflictivas en el orden federal", *op. cit.*, pp. 19-63.

⁴⁹ Manuel Villoria, "El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo", en AA.VV., *La promesa del gobierno abierto*, México, Academia, 2012, p. 71.

de los particulares.⁵⁰ Nos permitimos destacar, también desde una mirada estructural, que el modelo de transparencia activa presenta una fortaleza adicional de gran valor, cuya relevancia se aprecia especialmente en las sociedades de menor calidad institucional, donde la solicitud de acceso a información pública respecto de ciertas actividades (p. ej., sospechas de corrupción o connivencia con el poder político o la administración pública) puede suscitar un legítimo temor en los grupos de interés, por las consecuencias que pueden afrontar a raíz de esa solicitud (provocando que directamente no se realice). Por ello, el modelo de transparencia activa, si se cumple, permite operativizar el acceso a la información pública incluso en aquellos ámbitos donde se observa cierto temor a realizar solicitudes de acceso a dicha información.

A su vez, desde nuestra experiencia, en lugares donde los niveles de transparencia activa no satisfacen los estándares de la Ley Modelo de la OEA,⁵¹ es clave el rol de la sociedad civil (ONG en particular) y de los legisladores de fuerzas opositoras para influir en su vigencia y operatividad. Desde nuestra perspectiva, un camino importante para ello se vincula a la vía judicial y la legitimación activa amplia, en tanto permite que, frente al incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, cualquiera pueda reclamar al Poder Judicial que ordene a las organizaciones obligadas la publicación y divulgación de la información impuesta como piso mínimo.

6. Principios y reglas que garanticen la vigencia de la transparencia activa

Aun con la existencia de estándares internacionales sobre transparencia activa, en Latinoamérica se observan deficiencias estructurales en la materia.⁵² En función de esas deficiencias estructurales, es necesario revestir el modelo de transparencia activa de algunos principios y reglas que tiendan a garantizar su desarrollo y vigencia, de modo que pueda superar los desafíos que plantea un “paisaje” complejo. Proponemos los siguientes:

- a) *Transparencia progresiva*: en primer lugar, es necesario asegurar la vigencia del principio de progresividad y no regresividad en materia de transparencia activa.⁵³ La cuestión ofrece distintas aristas; en primer término, implica que la publicación de la información exigida legalmente (obligación mínima) ha

⁵⁰ Basterra, *op. cit.*, p. 308.

⁵¹ La experiencia argentina es un ejemplo, en especial respecto de ciertas organizaciones que forman parte de gobiernos provinciales.

⁵² Por ejemplo, en el ámbito judicial, véase María Jesús Valenzuela (redact.) et al., *Décima versión - Índice de accesibilidad a la información judicial en internet (IAcc - 2017)*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2017.

⁵³ Basterra, *op. cit.*, p. 319.

de ser considerada el punto de partida de un proceso dinámico que incluye además la evaluación permanente a la luz de las demandas de la sociedad y el principio de máxima divulgación.

Al mismo tiempo, implica que si los organismos publican información no exigida por la ley, no podrán “retroceder” respecto de su publicación en los mecanismos digitales; por el contrario, la publicación de información adicional obliga a actualizarla periódicamente, como ocurre con la información cuya publicación se encuentra exigida por ley. Otra manifestación de aquel principio reclama que los organismos deben progresivamente digitalizar la información que obre en su poder, a fin de lograr la existencia total de la información disponible en formato digital. Mientras tanto, y respecto de la información que fue solicitada en más de una oportunidad al organismo, debe ser necesariamente digitalizada y publicada en la página web. Toda información digitalizada (por cualquier motivo) debe ser publicada inmediatamente a través de la página web.

- b) *Especificidad*: el modelo de transparencia activa también reclama algún grado de flexibilidad para lograr sus objetivos. Por ello, cabe aclarar que, si bien se proponen estándares básicos y progresivos, es una muy buena práctica incorporar estándares de transparencia que sean específicos, tanto a la actividad de cada organización como a sus grupos de interés. Para generar estos estándares se pueden realizar diagnósticos que identifiquen las necesidades de información de sus distintos públicos.

A su vez, corresponde aclarar que el modelo de transparencia activa a través de la página web es clave, pero no es el único medio de transmisión de la información; de hecho, idealmente debe ampliarse a otros canales más allá de la página web, entendiendo que las formas de comunicación más idóneas serán definidas por las características específicas de cada grupo de interés.

- c) *Evaluaciones y políticas de mejora*: una medida necesaria para el funcionamiento del modelo de transparencia activa exige que, más allá de los medios que prevean las leyes respectivas,⁵⁴ se implementen mecanismos de evaluación adicionales sobre el cumplimiento de los estándares exigidos. Esas evaluaciones deberían ser realizadas por ONG que acrediten la transparencia y el cumplimiento de los estándares vigentes. Las ONG podrían conformar un equipo único de trabajo que represente la realidad nacional, donde también participen expertos en la materia a los efectos de precisar los parámetros de rendición que se acreditarán. En forma simultánea, se puede disponer de un sistema permanente y confiable de autoevaluación para que las autoridades

⁵⁴ Por ejemplo, en Argentina (a nivel federal) existe la Agencia de Acceso a la Información Pública, ente autárquico que funciona con autonomía funcional en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional (Ley 27.275, art. 19), cuyas amplias funciones (previstas en la Ley 27.275, art. 24) permiten realizar cierta supervisión sobre los organismos obligados por la ley.

del organismo respectivo puedan realizar las rectificaciones pertinentes. La autoevaluación deberá también ser publicada en el sitio web institucional. En todos los casos, sería necesario contar con una guía de indicadores para la evaluación de transparencia activa.

Por su parte, y como política de mejoramiento del modelo de transparencia activa, es pertinente evaluar permanentemente qué tipo de información solicitan las personas o los grupos de interés, de modo que permita a los organismos ajustar y aumentar su oferta de información en línea. En ese sentido, se debe disponer en el portal de un sistema de medición de visitas que permita evaluar el comportamiento de los usuarios y detectar sus mayores focos de interés. Asimismo, para la mejora de la gestión conviene desarrollar un sistema de encuestas que permita opinar sobre el nivel de transparencia activa ofrecido por el sitio web institucional. Si el organismo dispone de estos datos podrá conocer en mejor medida los focos de interés ciudadano y utilizarlos para orientar el proceso de información, de por sí dinámico.

- d) *Multa o sanción frente al incumplimiento*: finalmente, parece evidente que deben existir sanciones reales y de factible aplicación a los sujetos que no cumplen con la obligación de publicitar –a través de los mecanismos previstos– la información que compone la obligación de transparencia activa (multa, falta grave u otra). Para ello es necesario contar con herramientas legales y organismos comprometidos con la defensa del acceso a la información pública y la transparencia activa.

Conclusiones

Como señala Bazán, la contribución de la ética a la democracia es fundamental para el abordaje de asuntos como la transparencia, la rendición de cuentas y el papel de los órganos de control.⁵⁵ No obstante, también es clave la conformación de un diseño estructuralmente preparado para consolidar una cultura de transparencia y gobierno abierto, en tanto existe una íntima vinculación entre las libertades de expresión e información y la democracia, pues aquellas asumen sustancial importancia para la efectiva existencia de una opinión pública abierta, tolerante y pluralista, por lo que debe evitarse o combatirse cualquier tipo de censura previa o de interferencia o presión directa o indirecta que las afecte.⁵⁶

⁵⁵ Véase Bazán, “Justicia, política y búsqueda de mayor transparencia en Argentina”, *op. cit.*, pp. 1-48.

⁵⁶ Víctor Bazán, “Breves reflexiones sobre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública”, *La Ley*, 2011-F, p. 934.

Es fundamental, entonces, desarrollar desde distintas facetas el derecho de acceso a la información pública como vía para aportar a la construcción de una democracia más robusta y saludable. Desde esa perspectiva, la Ley Modelo de la OEA constituye una verdadera guía que debe marcar el camino por seguir para el fortalecimiento de nuestras democracias. Un camino que permita el progreso de nuestros pueblos.

Bibliografía

- AGUILÓ, Joseph, “Postitivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcxs692>
- ÁLVAREZ, Ramiro, “Inteligencia, democracia y acceso a la información”, *La Ley*, 2011-E.
- BASTERRA, Marcela, *Acceso a la información pública y transparencia*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- BAZÁN, Víctor, “Breves reflexiones sobre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública”, *La Ley*, 2011-E.
- _____, “Justicia y transparencia: panorama y cuestiones conflictivas en el orden federal”, en VV.AA., *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano*, Chaco, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, ConTexto, Argentina, 2017.
- CALDERÓN, César y Sebastián LORENZO (coords.), *Open Government. Gobierno abierto*. Algón Editores, Jaén, 2010.
- CARNOTA, Walter F. y Patricio A. MARANIELLO, *Participación ciudadana*, Buenos Aires, Universitas, 2006.
- GELLI, María Angélica, “Ley de acceso a la información pública, los principios, los sujetos obligados y las excepciones”, *La Ley*, 2016-E.
- LAVALLE, Dolores, *Derecho de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- OEA, “Comentarios y Guía de Implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información”, CP/CAJP-2841/10, 23 de abril de 2010, p. 47. Documento presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea General. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2841-10_esp.pdf
- PALACIO, Silvia B. (dir.), *Tratado de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- REJTMAN, Mario, “Los caminos por recorrer en materia de libre acceso a la información”, en Guillermo SCHEIBLER (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 104 comentada y concordada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.

- SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho constitucional*, t. 2, Buenos Aires, 2017.
- _____, *Derecho constitucional*, t. 3, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- SCHEIBLER, Guillermo (coord.), *Acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ley 104 comentada y concordada*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012.
- SUCUNZA, Matías, “Acceso a la información pública: apuntes de una ley imprescindible pero insuficiente”, *RDA*, 2017.
- VALENZUELA, María Jesús (redact.) *et al.*, *Índice de Accesibilidad a la Información judicial en Internet (IAcc - 2017)*, décima versión, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2017. Disponible en: http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5549/IAcc_Decimaversion_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- VILLORIA, Manuel, “El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo”, en AA.VV., *La promesa del Gobierno Abierto*, México, 2012. Disponible en: https://www.academia.edu/3013878/La_Promesa_del_Gobierno_Abierto

Milton Ray Guevara* (República Dominicana)

Sentencias relevantes del Tribunal Constitucional dominicano en materia de libertad de prensa y de expresión. Estudio de casos. Lecciones aprendidas y experiencia comparada

RESUMEN

El presente escrito aborda las decisiones más importantes adoptadas por el Tribunal Constitucional dominicano en materia de libertad de expresión e información, para conocer qué protección les corresponde desde una teoría constitucionalmente adecuada, así como los límites a los que se encuentra sujeto el ejercicio de este derecho para proteger otros derechos fundamentales de las personas.

Palabras clave: libertad de expresión, difamación, injuria.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den wichtigsten Entscheidungen des dominikanischen Verfassungsgerichts zur Meinungs- und Informationsfreiheit, um sowohl die Garantien herauszuarbeiten, die im Rahmen einer im Einklang mit der Verfassung stehenden Theorie zur Anwendung kommen, als auch die Grenzen, denen die Ausübung dieses Rechts unterworfen ist, um andere Grundrechte der Person zu schützen.

Schlagwörter: Meinungsfreiheit, Verleumdung, Schmähkritik.

* Doctor en Derecho Público, Mención Très Bien de la Universidad de Niza, Francia. Catedrático de la Maestría de Derecho Constitucional y Libertades Fundamentales de la Iglobal-Sorbonne y de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Iberoamericana (Unibe). Miembro fundador y primer director ejecutivo de la Fundación Institucionalidad y Justicia, Inc. (Finjus); director del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), 1988-1997; miembro Honorario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid; magistrado presidente del Tribunal Constitucional de la República Dominicana.

ABSTRACT

This article addresses the most important decisions adopted by the Dominican Constitutional Court regarding the freedom of expression and information, in order to know about the protection afforded these freedoms based on an adequate constitutional theory, as well as the limits to which the exercise of this right is subject in order to protect other fundamental rights.

Key words: Freedom of expression, defamation, slander.

Introducción

El artículo 49 de la Constitución de la República Dominicana consagra la libertad de expresión e información. Esta disposición –de contenido similar al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– establece dos derechos distintos pero interrelacionados, a saber, la *libertad de expresión* y el *derecho a la información*, y otros aspectos complementarios como el secreto profesional, la cláusula de conciencia del periodista, el derecho a réplica y rectificación, así como los límites a que se encuentra sujeto el disfrute de estos derechos para respetar “el derecho al honor, a la intimidad, así como a la dignidad y la moral de las personas, en especial la protección de la juventud y de la infancia”, de conformidad con la ley y el orden público.

Es innegable que la importancia que plantea la libertad de expresión e información supera con mucho su significado como derecho fundamental, que permite a cada persona expresar sus ideas y pensamientos, así como comunicar y recibir información, “ambos atributos de la dignidad humana” –como afirma el TC en la Sentencia TC/206/13–, ya que tiene una trascendencia institucional extraordinaria en el marco del Estado social y democrático de derecho, en razón de que garantiza la transparencia y permite que los ciudadanos puedan fiscalizar los poderes públicos (Sentencia TC/0042/12), y participar activamente y de manera eficiente en la prevención de la lucha contra la corrupción (Sentencia TC/0045/13).

Pretendo examinar rápidamente tres decisiones del Tribunal Constitucional dominicano. La primera, que es principalísima, se refiere a la Ley de Expresión y Difusión del Pensamiento y que fue demandada por inconstitucionalidad. Esta ley del año 1962, en pleno siglo pasado, condenaba penalmente la difamación y la injuria. El TC estable que definitivamente en la República Dominicana no hay censura previa; la información o expresión de ideas, opiniones u obras del espíritu, una vez se hacen públicas, pueden ser sujetas a medidas ulteriores, conforme a la ley, si agravan “otros bienes protegidos por la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos”.

Es importante señalar que la libertad de expresión en sentido estricto y el derecho a la información tienen un alcance y contenidos diversos que justifican su análisis separado, pero no se puede ignorar el nexo que les une, y la función complementaria que ejercen para garantizar la efectividad de otros derechos fundamentales. Por ello, el Tribunal Constitucional dominicano ha afirmado en la Sentencia TC/0045/13:

El derecho a acceder a la información pública es una derivación del derecho que tiene todo individuo a la libertad de opinión y de expresión, en la medida de que una persona desinformada no tiene la posibilidad de expresarse con eficacia y libertad; ciertamente, la carencia de información coloca al individuo en la imposibilidad de defender sus derechos fundamentales y de cumplir con los deberes fundamentales consagrados en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Dominicano es parte.¹

Me parece propicio destacar que el Tribunal Constitucional de la República Dominicana ha estado abierto al diálogo horizontal con otras magistraturas constitucionales desde sus primeras sentencias. Es común que las decisiones que adoptamos reflejen la recepción de la experiencia comparada, ya que en sus fundamentos incorporamos criterios pertinentes desarrollados en la jurisprudencia de otros tribunales, cortes y salas constitucionales. De ahí que en los casos que vamos a compartir sobre la libertad de expresión e información se encontrarán las referencias a los criterios comparados que han servido para contextualizar la ponderación de los derechos en conflicto o para reforzar las consideraciones sobre el alcance y los límites de los derechos fundamentales concernidos.

1. Presentación de sentencias relevantes de tribunales constitucionales en la región en materia de libertad de prensa y de expresión

Los primeros casos que el Tribunal Constitucional dominicano conoció sobre la libertad de expresión e información se referían exclusivamente al derecho a esta última, ya que el país contaba con una legislación relativamente novedosa en materia de acceso a la información pública, y se habían judicializado –por medio de acciones de amparo– varios requerimientos de información en los cuales alegadamente las entidades públicas no cumplieron, sin razón válida, las pretensiones de los ciudadanos. Así que cuando el Tribunal Constitucional empezó a funcionar, se encontró con recursos pendientes de fallo en las cortes de apelación y la Suprema Corte de Justicia, que le fueron transferidos para que decidiera como jurisdicción

¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0045/13 de 3 de abril de 2013, p. 16.

revisora, conforme a las competencias confiadas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

1.1. Caso Gary Gresko, S.A. contra la Dirección General de Migración

Una de las tres primeras decisiones de fondo que emitió el Tribunal Constitucional durante su primer año correspondió al Caso Gary Gresko, S.A. contra la Dirección General de Migración, esto es, una revisión de amparo que versaba sobre un requerimiento de supuesta información pública que le fue negada a la entidad privada. Esta pretendía que la Dirección General de Migración le expidiera una certificación en la que constaran las entradas y salidas al país de dos ciudadanos desde 2004 hasta 2007. Una vez analizada la pretensión, el TC determinó –en la Sentencia TC/0011/12– que existía una colisión entre el derecho fundamental a la obtención de información de la entidad recurrente y el derecho fundamental a la intimidad personal de las personas, previstos en los artículos 44 y 49.1 de la Constitución, respectivamente.

Para abordar el choque en general entre los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional dominicano se auxilió en criterios de la Corte Constitucional de Colombia que planteaban el deber de “garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en la sopesación de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y la función que cada derecho cumple en una sociedad democrática”.² Al igual que

... es indispensable que el fallador, en la ponderación de los derechos en juego, aprecie y evalúe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejercen los derechos, de manera que, a la luz de la situación de hecho concreta, pueda establecer si el ejercicio de uno de ellos resulta desproporcionado, lo que sucedería en caso de vulnerar el núcleo esencial de un derecho fundamental específico.³

En cuanto a la confrontación concreta entre el derecho a la intimidad y al honor, y la libertad de información, nos inspiramos en las consideraciones del Tribunal Constitucional de España, conforme al cual,

... dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor [...] será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información [...], [pues] la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere [...] que su contenido se desenvuelva en el mar-

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-210 de 94 de 27 de abril de 1994.

³ *Idem*.

co del interés general del asunto al que se refiere; de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo el discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho, al honor y la intimidad de las personas. (Sentencia 171/90, de 12 de noviembre de 1990)

El Tribunal Constitucional consideró que la recurrente no “probó la relevancia social de las personas cuya información requería], ni la naturaleza pública o eventual incidencia de la información requerida en los intereses colectivos, ni tampoco respaldó sus pretensiones en una base legal que justificara el quebrantamiento de la confidencialidad inherente a dichas informaciones”.⁴ Así

... que la divulgación no consentida de datos contenidos en los registros de la Dirección General de Migración resulta un ejercicio desproporcionado del derecho a la información, que vulnera el núcleo esencial del derecho fundamental a la dignidad, la integridad, la intimidad y el honor de las personas registradas, cuando carezca de incidencia en asuntos de interés colectivo y concierna a personas cuya relevancia pública no haya sido alegada ni tampoco establecida.⁵

Por ello, el TC concluyó que los jueces de amparo realizaron una correcta interpretación de la normativa constitucional y adjetiva en la materia, al tiempo que efectuaron una buena y sana administración de justicia, pues la pretensión de la recurrente no estaba amparada por la libertad de información.

1.2. Caso Cámara de Diputados contra Manuel Muñoz Hernández

El caso más relevante sobre la libertad de información conocido durante el primer año del TC se decidió en la Sentencia TC/0042/12. Este versaba sobre una revisión de amparo a requerimiento de la Cámara de Diputados de la República Dominicana, en la que cuestionaba una decisión de amparo que le ordenó entregar a un ciudadano los nombres y salarios de los asesores de dicha institución. Para el ente público, la sentencia objeto del recurso violó el derecho a la intimidad establecido en la Constitución de la República, y el derecho de sus asesores, debido a que no se pueden divulgar sus datos personales, a menos que no se cuente con su consentimiento, razón por la cual se había limitado a comunicar al ciudadano el número de asesores, sin indicar los nombres de los mismos, la distribución por bloques y el monto total de los salarios, sin especificar cuánto gana cada uno.

⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0011/12 de 3 de mayo de 2012, p. 18.

⁵ *Idem.*

Al analizar el asunto, el Tribunal Constitucional visualizó, en primer lugar, varias disposiciones internacionales que protegen el derecho de toda persona a investigar y recibir informaciones, como el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), dejando en claro que estas “forman parte de nuestro derecho interno, por haber sido objeto de ratificación por el Congreso Nacional”. Y, en segundo lugar, que el derecho a la información adquirió rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico a partir del artículo 49.1 de la Constitución de 2010.

Esta decisión resalta la importancia del derecho a la información “para el fortalecimiento del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que su ejercicio garantiza la transparencia y permite a la ciudadanía acceder libremente a las informaciones en poder de las instituciones del Estado”, con la “finalidad [de] controlar el uso y manejo de los recursos públicos y, en consecuencia, ponerle obstáculos a la corrupción administrativa”. Sin embargo, este derecho no es absoluto, puesto que debe ser ejercido en el marco del respeto al derecho a la intimidad y la protección de los datos personales. De ahí que, en este caso, frente a la confrontación entre el derecho a la información pública y el derecho a la intimidad, el TC estaba en la obligación de determinar cuál de estos derechos debe ceder –sin que se afecte su contenido esencial– ante las ventajas para el interés de la sociedad de controlar el ejercicio de la administración pública.

Una vez más, se acudió al auxilio de la jurisprudencia comparada. En esta ocasión concordamos con un criterio adoptado por el Tribunal Constitucional de Perú: “Todo órgano del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público se encuentra obligada a proveer la información peticionada siendo excepcional la negación de acceso a la misma por razones de seguridad nacional, afectación a la intimidad personal o supuestos establecidos por ley” (Sentencia TC 0666-1996-HD/TC). Y que este derecho “no solo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz” (Sentencia 1797-2002-HD/TC).

Para el Tribunal Constitucional dominicano, las instituciones públicas “no pueden confeccionar un listado de funcionarios y empleados sin consignar sus nombres y apellidos”, ya que constituye “un dato que permite identificar a las personas e individualizarlas. No se trata de datos o informaciones que toda persona podría reservar en un espacio de intimidad particular y familiar, sustraído a intromisiones extrañas, por cuanto la intimidad constituye un ámbito o reducto en el que otros no pueden penetrar”. Por ello, y en vista de la relevancia pública de la información requerida, se concluyó que el tribunal de amparo obró correctamente al acoger la acción, en razón de que los datos requeridos por el accionante no eran de carácter confidencial, y debía dársele prevalencia –como en efecto ocurrió– al derecho a la información.

Una comparación entre el Caso Gary Gresko, S.A. contra la Dirección General de Migración (Sentencia TC/0011/12) y el Caso Cámara de Diputados contra Manuel Muñoz Hernández (Sentencia TC/0042/12) permite evidenciar la ponderación casuística que el Tribunal Constitucional emplea cuando existen conflictos entre los derechos fundamentales de información, por un lado, e intimidad y protección de datos, por el otro. Así, en el primer caso, la ausencia de relevancia pública de las personas y de la información requerida derivó en la prevalencia del derecho a la intimidad frente al requerimiento de información a la Dirección General de Migración. Mientras que en el segundo caso, se apreció que la información requerida sí gozaba de relevancia pública y debía prevalecer sobre el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales de los funcionarios públicos, “ya que limitarlo despojaría a la ciudadanía de un mecanismo esencial para el control de la corrupción en la administración pública”.

La Sentencia TC/0042/12 constituye el precedente más socorrido en materia de derecho a la información, pues el Tribunal Constitucional lo ha utilizado en más de una decena de casos posteriores para tutelar la pretensión de la ciudadanía de acceder a la información pública. Así, en lo que sigue, compartiré la experiencia del Tribunal Constitucional en la tutela de la libertad de expresión en sentido estricto.

1.3. Caso sobre la Ley de Expresión y Difusión del Pensamiento

Como señalamos, el caso posiblemente más relevante que el Tribunal Constitucional ha conocido en materia de libertad de expresión en sentido estricto es la acción directa contra varias disposiciones de la Ley sobre Expresión y Difusión del Pensamiento de 1962 y el Código Penal que sancionan penalmente la difamación y la injuria, mediante la Sentencia TC/0075/16. Sin embargo, las imputaciones realizadas contra el Código Penal no fueron ponderadas, debido a que se determinó que en la República Dominicana existe un régimen jurídico diferenciado para los delitos de prensa. Así, cuando la difamación o injuria se comete a través de un medio de comunicación, no son aplicadas las disposiciones del Código Penal, por lo que sus disposiciones no podrían eventualmente perjudicar a los accionantes en sus derechos como profesionales de la prensa.

Antes de analizar los cargos planteados contra las disposiciones atacadas en inconstitucionalidad, el Tribunal realizó unas consideraciones previas en las que explica que la libertad de expresión e información está sujeta a limitaciones “pues ningún derecho es absoluto en su ejercicio”. De ahí que, aunque no sea admisible la censura previa, la información o expresión de ideas, opiniones u obras del espíritu, una vez se hacen públicas pueden ser sujetas a medidas posteriores, conforme a la ley, si agravian “otros bienes protegidos por la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos”. Es lo que ocurre con los denominados “delitos de prensa”, “que son medidas posteriores que adoptan los sistemas jurídicos, cuya base

legal está configurada por la Ley sobre Expresión y Difusión del Pensamiento” para proteger “el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al honor, al buen nombre y a la propia imagen”.

Uno de los cargos centrales contra las previsiones que establecen los *delitos de prensa* es

... que la existencia de penas privativas de libertad para quienes puedan incurrir en los supuestos de difamación e injuria constituye una “mordaza”, un “amedrentamiento”, una “espada de Damocles” que lleva a un efecto inhibitorio de la opinión pública y de los medios de comunicación, cuando no a una censura previa o autocensura.⁶

El TC rechazó esta imputación y, por lo tanto, declaró la validez de la sanción penal por difamación e injuria, pero acotó el ámbito de aplicación de estos tipos penales para excluir la punibilidad cuando se trata de informaciones de interés público o que afectan a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

En los fundamentos de la decisión se explica que la protección del derecho al honor y la consideración de las personas constituye una exigencia del artículo 44, del párrafo del artículo 49 de la Constitución, del artículo 12 de la DUDH y del artículo 11 de la CADH. Por ello, se consideró que “siendo el derecho al honor un derecho estrechamente vinculado a la dignidad humana se justifica su protección adecuada por el derecho penal”. Con apoyo en un criterio del Tribunal Constitucional de Perú se precisó: “Su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva” (STC 2790-2002-AA/TC de 30 de enero de 2003).

El Tribunal Constitucional declaró con contundencia que resultan inconstitucionales las disposiciones de la Ley sobre Expresión y Difusión del Pensamiento que disponen

... sanciones de carácter penal sobre cualquier acto difamatorio o injurioso contra cualquier funcionario público en el ejercicio de sus funciones o personas que ejerzan funciones públicas, [ya que] constituyen una limitación legal que afecta el núcleo esencial de la libertad de expresión y opinión por medio de la prensa [debido a que los] funcionarios públicos [están] sujetos por su naturaleza a un control social por medio de la opinión pública.

Sin embargo, “en virtud de que el control de la intimidad y dignidad de los funcionarios en su vida privada en nada contribuye a que los ciudadanos puedan ejercer de forma eficaz su derecho a monitoreo y crítica sobre las actuaciones que

⁶ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0075/16 de 4 de abril de 2016, p. 27.

estos realizan de cara a las funciones públicas que le han sido conferidas”, cualquier acto difamatorio o injurioso sobre su vida privada debe ser sancionado de la misma forma con que se castigan contra un particular.

1.4. Caso Utesa contra Sara Herrera Bonifacio

El primer caso sobre la libertad de expresión y difusión del pensamiento en las redes sociales conocido por el Tribunal Constitucional consistió en la revisión de una sentencia de amparo a partir del conflicto entre la Universidad Tecnológica de Santiago y la estudiante Sara Herrera Bonifacio, a quien le fueron despojados sus honores académicos, debido a unos comentarios que publicó en Facebook acerca del recinto universitario donde realizó su educación superior.

El Tribunal Constitucional estimó que para evitar que la libertad de expresión en las redes sociales repercuta de manera negativa en los derechos e intereses de terceras personas, así como para garantizar el orden jurídico y una pacífica convivencia, “el umbral de dicho derecho debe limitarse a que su difusión no se encuentre impregnada de frases obscenas, expresiones injuriosas o insultantes, ni fundamentada en informaciones ilógicas y desproporcionadas”,⁷ ya que, como bien afirma la Corte Constitucional de Colombia, “las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación”.⁸ En realidad, las redes sociales son un gran soporte para la democracia, pero también constituyen un “basurero”. Ahora bien, para determinar si existe afectación a derechos fundamentales de terceros, “debe partirse de un margen de razonabilidad objetiva que permita separar las impresiones personales e interpretaciones que se puedan tener sobre tales publicaciones”.⁹

Al analizar la expresión publicada por la estudiante en las redes sociales, quejándose acerca de que el sistema de la universidad “no permite ser violentado” o que “no permite modificaciones en base a una fecha”, el Tribunal Constitucional determinó que

... no podría traducirse en una cuestión que violenta los derechos de la parte recurrente –accionada en amparo– y mucho menos justificar el dictado de una sanción como la impuesta a Sara Herrera Bonifacio, pues los mismos no son ofensivos, ilógicos o irracionalmente desproporcionados para romper con las barreras al derecho fundamental de toda persona a expresar libremente su pensamiento.

⁷ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0437/16 de 13 de septiembre de 2016, p. 25.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-550 de 13 julio de 2012.

⁹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0437/16, cit., p. 25.

Por ello, se concluyó que el juez de amparo obró correctamente al declarar que la sanción impuesta por la universidad para retirar los lauros a la estudiante, por los comentarios posteados en Facebook, resulta violatoria del derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.

1.5. Caso “mensajes negativos” en la Ley de Partidos Políticos

Uno de los casos más recientes de libertad de expresión en el Tribunal Constitucional dominicano es la Sentencia TC/0092/19, a través de la cual se decidió la acción directa de inconstitucionalidad presentada contra una disposición de la nueva Ley de Partidos Políticos que penalizaba, por remisión a la Ley sobre Crímenes y Delitos de Alta Tecnología, *los mensajes negativos proferidos en las redes sociales que empañen la imagen de los candidatos*, cuya sanción es de tres meses a un año de prisión y multa de 5 a 500 salarios mínimos. Al analizar esta previsión legal en sus múltiples vertientes, el Tribunal Constitucional declaró que era contraria a la Constitución.

La primera razón de inconstitucionalidad está fundada en la violación del principio de legalidad por la deficiente estructuración del tipo penal, ya que la norma es ambigua y requiere una labor interpretativa para determinar si solo se refiere a quien emite el mensaje o si incluye también a la persona que lo comparte o lo respalda públicamente.

Quando se fijan las limitaciones por medio de responsabilidades posteriores a este derecho, las mismas tienen que identificarse en la Ley de manera expresa, clara y precisa, ya que las normas sancionatorias ambiguas, amplias o muy abiertas violan la seguridad jurídica, promueven interpretaciones que socavan desproporcionadamente el ejercicio del derecho de libertad de expresión”.

Esto, en razón de que

... si las personas no distinguen los discursos protegidos y no protegidos por la Ley, pueden sentirse intimidadas; la libre circulación de ideas y opiniones se entorpece y las autoridades gozan de un mayor margen de discrecionalidad que puede conducir a discriminar y a promover la arbitrariedad en la aplicación de la Ley.¹⁰

La segunda razón de invalidez se funda en la violación de la libertad de expresión. En esta línea de análisis, el Tribunal Constitucional destaca:

La libertad de expresión es un pilar fundamental para el funcionamiento de la democracia y del Estado social y democrático de derecho. En toda sociedad

¹⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0092/19 de 21 de mayo de 2019, p. 27.

abierta o verdaderamente democrática, es indispensable, pues, la protección y promoción de la libre circulación de información, ideas y expresiones de todo tipo. El Estado tiene un deber esencial de garantizar neutralidad ante los contenidos y que no queden personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público. Las personas, por su parte, tienen derecho a pensar autónomamente (*derecho a la autodeterminación informativa*) y a compartir dicho pensamiento, independientemente de su aceptación social o estatal y de que ofendan o perturben. Igualmente, tienen derecho a acceder a la información de la manera más amplia y abierta posible. Ahora bien, como es sabido, ningún derecho fundamental es absoluto en cuanto a su ejercicio. El derecho a la libertad de expresión también puede ser limitado, de acuerdo con las normas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad citadas, para proteger el derecho al honor o a la reputación, a la intimidad, a la dignidad y moral de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, en estos supuestos, a través de las responsabilidades ulteriores que deben ser necesarias y encontrarse expresamente fijadas por la Ley.

Aunque la disposición cuestionada persigue un objetivo legítimo que puede fundamentar una limitación a la libertad de expresión, sus efectos resultan excesivamente gravosos porque considera:

El medio de las redes sociales es más riesgoso que otros (televisión, radio, periódicos) al contemplar penas más altas que las establecidas por los delitos de difamación e injuria en el mundo *offline* (fuera de línea), cuando las propias redes sociales constituyen el medio más idóneo para que el candidato afectado ejerza de manera inmediata y eficaz el derecho de rectificación o respuesta. Y en todo caso, si aún ello no resulta suficiente por el daño causado y los abusos cometidos contra la persona que voluntariamente se ha sometido a un mayor escrutinio y control social, el Estado puede aplicar alternativas igualmente efectivas como las sanciones pecuniarias pertinentes.

Cabe agregar:

Aunque la configuración de la norma atacada no establece de manera expresa una censura previa, sus efectos podrían ser similares, debido a tres factores: (i) la norma está destinada a regular una conducta social y, más aún, una conducta deseada, como es la crítica o discusión de candidatos en tiempos electorales, lo cual indefectiblemente ayuda a la definición de la intención electoral y, en consecuencia, al proceso democrático; (ii) parte de la doctrina ha observado que las personas que cometen una infracción, amén de su motivo ulterior, realizan un análisis económico (costo de oportunidad, costos o impacto de la sanción) que los motivaría actuar siempre que los beneficios de comisión resulten menores que los costos de la ejecución; (iii) estas personas

responden a cambios en los costos de oportunidad, así como en la severidad de la sanción y otras variables, como puede ser en este caso la vaga e imprecisa tipificación de la sanción a aplicar, lo cual, unido a una sanción desproporcionada puede inducir a las personas a, por miedo o inseguridad, abstenerse de realizar una conducta socialmente deseable, como es el caso. Esta configuración normativa defectuosa, si bien no configura de manera expresa una censura previa, puede tener un resultado similar al inducir a las personas a suprimir una conducta, en general, beneficiosa para el sistema democrático, como lo es el debate respecto a candidatos a puestos electivos.

El último argumento de invalidez a que apela el Tribunal Constitucional es la función institucional de la libertad de expresión y la conexión con el derecho a la información.

El derecho a la libertad de expresión comprende no sólo una dimensión individual que consiste en el derecho de toda persona a expresar y difundir los propios pensamientos, ideas e informaciones; también comprende una importante dimensión colectiva o social, que se traduce en el derecho de todas las personas de procurar y recibir las informaciones e ideas de todo tipo, conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada. Por eso cuando se viola el derecho a la libertad de expresión, se vulnera tanto el derecho de la persona que pretende expresarse como el derecho de los demás a conocer esa opinión o información. La libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública y si la sociedad no se encuentra bien informada no podrá ser plenamente libre.

Así, se concluye:

Si bien las redes sociales constituyen un soporte de la democracia y promueven una nueva forma de hacer política, también fomentan campañas sucias, distintas a las campañas negativas, que obedecen a una estrategia que ataca al adversario con informaciones falsas, injuriosas, difamatorias, insultantes, con fines de afectar la voluntad del elector. Sin embargo, la disposición legal atacada en inconstitucionalidad, lejos de aportar solución a la problemática, se aparta de los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad [...] porque obstaculiza la difusión de informaciones sobre las actividades de los candidatos a la función pública a través de tipos penales excesivos y ambiguos, informaciones que resultan dicho sea de paso, especialmente protegidas porque fomentan el derecho al voto consciente y libre, así como el ejercicio del poder público de la manera más transparente y participativa posible.

En estas decisiones se revela el enfoque que el Tribunal Constitucional tiene sobre la libertad de expresión. He señalado en otros escenarios que las redes sociales, que constituyen un soporte de la democracia, han sustituido la expresión de la opinión pública, la cual se caracterizaba por la existencia de intermediarios, es decir, los medios tradicionales de comunicación, los periodistas y sistemas informativos de la radio, la televisión y la prensa. Me parece que ahora debemos hablar de opinión ciudadana. Cuando un ciudadano se expresa por las redes está emitiendo una “opinión ciudadana” que se hace pública, que no necesita de intermediarios, se dirige directamente al conglomerado social, en consecuencia, es una “opinión ciudadana” que se hace pública.

Conclusiones

Las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional en materia de derecho a la información y libertad de expresión guardan una coherencia indudable entre sí y permiten extraer, sin ánimo de exhaustividad, algunas conclusiones generales: 1) se protege en general la importancia de la libertad de expresión e información, no solo como derecho de la persona, sino también en su función institucional para garantizar un debate democrático sano, para controlar el ejercicio de la función pública y fiscalizar a quienes aspiran a esta; 2) cuando no existe relevancia pública de la expresión o información, el umbral de protección que debe garantizarse al derecho a la intimidad y al honor es mayor, ya que en ausencia de relevancia pública estos bienes adquieren una significación importante para garantizar la dignidad humana; 3) el escrutinio a que han de someterse las expresiones debe partir de un margen de razonabilidad objetiva y no de la consideración subjetiva de quien se considere afectado; 4) los funcionarios públicos están protegidos, como cualquier ciudadano, en su vida privada, por lo que la difamación e injuria cometidas en este ámbito son sancionables por los mecanismos que prevé la ley para cualquier persona; 5) existe una conexión intrínseca entre la libertad de expresión y el derecho a la información, pues una persona desinformada no tiene la posibilidad de expresarse con eficacia y menos podrá incidir oportunamente en la deliberación pública.

El Tribunal Constitucional dominicano tiene claramente establecido que la libertad de expresión es un componente esencial del Estado social y democrático de derecho, que frente a las derivas autoritarias que se manifiestan en la persecución y los asesinatos de periodistas, en el cierre y la exclusión de medios en la publicidad estatal, la justicia constitucional tiene que actuar con ecuanimidad, con firmeza y, sobre todo, resaltar el valor de la libertad de expresión. En esa medida, vamos a contribuir a que la democracia nuestra no sea hueca, de simples fórmulas, sino que sea una democracia realmente efectiva que permita garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-210 de 94 de 27 de abril de 1994.

_____, Sentencia T-550 de 13 julio de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Sentencia TC/0011/12 de 3 de mayo de 2012.

_____, Sentencia TC/0045/13 de 3 de abril de 2013.

_____, Sentencia TC/0075/16 de 4 de abril de 2016.

_____, Sentencia TC/0437/16 de 13 de septiembre de 2016.

_____, Sentencia TC/0092/19 de 21 de mayo de 2019.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor* (México)

El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su impacto en las personas mayores**

RESUMEN

El presente artículo muestra cómo el derecho a la seguridad social puede ser justiciable directamente en el sistema interamericano de derechos humanos a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para tal fin se estudia la sentencia del Caso Muelle Flores vs. Perú de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al derecho a la seguridad social de una persona mayor con discapacidad.

Palabras clave: seguridad social, personas mayores, pensiones, ejecución de sentencias, derechos económicos, sociales, culturales y medioambientales.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich damit, wie der Rechtsanspruch auf soziale Sicherheit mit Hilfe des Art. 26 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention über das interamerikanische Menschenrechtssystem eingeklagt werden kann. Dazu wird auf das Urteil des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Muelle Flores gegen Peru zur Frage eines solchen Rechtsanspruchs eines behinderten älteren Menschen eingegangen.

Schlagwörter: Soziale Sicherheit, ältere Menschen, Pensionen, Urteilsumsetzung; wirtschaftliche, soziale, kulturelle und umweltbezogene Rechte.

* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). ferrermac@prodigy.net.mx

** El presente trabajo constituye esencialmente el voto razonado emitido en el Caso Muelle Flores vs. Perú, Sentencia de 6 de marzo de 2019.

ABSTRACT

This article shows how the right to social security may be directly justiciable in the Inter-American System of Human Rights under Article 26 of the American Convention on Human Rights. For this purpose, the article studies the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case of Muelle Flores v. Peru with respect to the right to social security of an elderly person with disabilities.

Key words: Social security, elderly people, pensions, execution of judgment; economic, social, cultural and environmental rights.

Introducción

La sentencia en el Caso Muelle Flores vs. Perú (en adelante, la Sentencia o Muelle Flores)¹ abona a la línea jurisprudencial interamericana en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca o derechos sociales). La sentencia reafirma la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o el tribunal interamericano), para analizar violaciones autónomas del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Convención Americana o Pacto de San José).²

El Caso Muelle Flores constituye un importante precedente para el sistema interamericano. Por primera vez, la Corte IDH aborda de manera directa el *derecho a la seguridad social* como derecho autónomo y justiciable mediante el artículo 26 de la Convención Americana, declarando su violación y estableciendo estándares relevantes al tratarse la víctima de *un individuo en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad*.³

¹ Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, Sentencia de 6 de marzo de 2019, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 375.

² Cfr. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, Sentencia de 1 de julio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 198, párrs. 12 a 19; Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 340, párrs. 142 y 145; Opinión Consultiva OC-23/17 sobre 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 artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23, párr. 57; 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, párr. 192; Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, Sentencia de 8 de febrero de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 348, párr. 220; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 349, párr. 100; Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 359, párrs. 75 a 97; y Caso Muelle Flores vs. Perú, *ibid.*, párrs. 33 a 37.

³ “En la actualidad, el señor Oscar Muelle Flores tiene 82 años y sufre discapacidad auditiva severa (hipoacusia) como consecuencia de la pérdida de su audición en uno de los oídos

En la sentencia se reitera que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta de la OEA). En el caso, la Corte IDH identifica diversas normas de la Carta de la OEA,⁴ de las cuales es posible derivar el derecho a la seguridad social. Se estima que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para establecer su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. En particular, de los distintos enunciados se advierte que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar; es decir, en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas. De ahí que se concluye en la Sentencia que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención Americana.⁵

Una vez determinado que el derecho a la seguridad social es protegido por el artículo 26 del Pacto de San José, la Corte IDH procede a delimitar con mayor precisión dicho derecho, teniendo especial consideración la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ya que

Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las co-

de manera total, hace 15 años, así como de la disminución de la audición del otro. Asimismo, en mayo de 2018, el señor Muelle Flores fue diagnosticado con ‘demencia senil tipo Alzheimer’ y en julio de 2018 sufrió una fractura de la cadera femoral, por la cual se le debió colocar una prótesis” (Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 52).

⁴ Véanse Carta de la OEA, artículos 3.j), 45.b) y h), y 46. Artículo 3.j) al señalar que “la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera”. Asimismo, el artículo 45.b) establece que “b) [e]l trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”. Igualmente, el artículo 45 establece que “el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo”; por lo que los Estados convienen en dedicar esfuerzos a la aplicación de ciertos principios y mecanismos, entre ellos el “h) [d]esarrollo de una política eficiente de seguridad social”. Por su parte, en el artículo 46 reconocen que “para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad” (Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párrs. 172 y 173).

⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, *ibid.*, párr. 173.

rrespondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.⁶

En este sentido, el artículo XVI (Derecho a la Seguridad Social) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, detalla de manera clara: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.⁷ En aras de establecer con mayor precisión el contenido del derecho y las obligaciones que le son aplicables, el tribunal interamericano advierte que el derecho a la seguridad social ha sido ampliamente desarrollado en el ámbito del derecho internacional, en el artículo 9 del Protocolo de San Salvador, en los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como bajo el mandato de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en aplicación del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).⁸ Finalmente, el tribunal interamericano identifica que el derecho a la seguridad social también se encuentra contemplado en los artículos 10 y 11 de la Constitución Política de 1993 del Perú.⁹

Es importante señalar que la Corte IDH, al utilizar fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional como normativa especial aplicable en la determinación del contenido del derecho a la seguridad social, como complemento de la normativa de la Convención Americana, no está asumiendo competencias sobre tratados en los que no la tiene, ni tampoco está otorgando jerarquía convencional a normas contenidas en otros instrumentos nacionales o internacionales relacionados con los Desca.¹⁰ Por el contrario, la Corte IDH realiza una interpretación de conformidad con las pautas previstas por el artículo 29 del Pacto de San José,¹¹ de tal manera que permita actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA

⁶ Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, párr. 43; y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 101.

⁷ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 179.

⁸ *Ibid.*, párrs. 181, 183 y 184.

⁹ *Ibid.*, párr. 182.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 272, párr. 143, y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 101.

¹¹ El artículo 29 de la Convención Americana (que prevé el principio *pro persona*) hace expresa referencia a las normas del derecho internacional general para su interpretación y aplicación (Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 174; Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia cit., párr. 143; y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 100).

que se encuentran reconocidos por el artículo 26 de la Convención Americana.¹² Ha sido la práctica constante de este tribunal interamericano,¹³ que al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención Americana, la Corte IDH puede interpretar las obligaciones y los derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes.¹⁴

Siguiendo su línea jurisprudencial,¹⁵ la Corte IDH considera que la naturaleza y el alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social incluyen aspectos que tienen tanto una *exigibilidad inmediata* como un *carácter progresivo*. Al respecto, en la sentencia se recuerda que, en relación con 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, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros.¹⁶ Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo), la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dicho derecho,¹⁷ en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.¹⁸ Asimismo, se impone la obligación de *no regresividad* frente a la realización de los derechos alcanzados.¹⁹ En virtud de lo

¹² Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 175.

¹³ Cfr. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 103; Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit., párr. 145; Caso I.V. vs. Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329, párr. 168; Caso familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, cit., párr. 129; Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 83; Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, párrs. 78 y 121, y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 100.

¹⁴ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 174.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 104; y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 98.

¹⁶ Cfr. Comité DESC, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990, U.N. Doc. E/1991/23, párr. 3, y Observación General 19, El derecho a la seguridad social (art. 9), 4 de febrero de 2008, párr. 40.

¹⁷ Comité DESC, Observación General 3, *ibid.*, párr. 9, y Observación General 19, *ibid.*, párrs. 40 y 41.

¹⁸ El artículo 26 de la Convención establece: "Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

¹⁹ Cfr. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, cit., párrs. 102-103; y Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 104. Véanse también "Grupo de Trabajo para el Análisis de los Informes Nacionales previstos en el Protocolo

anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.

Como se expresó en la sentencia, en cada caso bajo estudio se requerirá determinar qué tipo de las dos obligaciones está en juego frente al derecho a la seguridad social.²⁰ La Corte IDH nota que el presente caso no versa sobre las obligaciones de progresividad derivadas del artículo 26 de la Convención Americana, sino que se refiere a *la falta de concretización material del derecho a la pensión, como parte integrante del derecho a la seguridad social, del señor Muelle Flores*, debido al incumplimiento y ejecución de sentencias dictadas a su favor a nivel interno, en el marco de la privatización de la empresa estatal efectuada luego de su jubilación.²¹

Por otra parte, en la sentencia se abordan aspectos de relevancia para la temática de *las personas mayores*, como grupo en situación de especial vulnerabilidad frente al disfrute de los derechos sociales,²² así como el particular impacto –material y emocional– de estas personas ante la falta de ejecución de las sentencias internas que tutelan el derecho a la seguridad social.²³ En ese sentido, en la Sentencia se enfatiza que

... en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social [Convención Americana, art. 26], a la integridad

de San Salvador”. Inicialmente, el Grupo de Trabajo elaboró el Documento “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1; GT/PSS/doc.2/11 rev.2, de 16 diciembre 2011, realizado con base en las Normas y Lineamientos presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Elevado a consulta a los Estados y la sociedad civil y aprobado por la Asamblea General en su XLII Periodo de Sesiones Ordinarias celebrada en Cochabamba, Bolivia, junio de 2012 (AG/RES. 2713 (XLII-O/12)). En dicha ocasión se abordaron los derechos a la seguridad social, a la salud y a la educación (p. 13). Posteriormente, tras un segundo agrupamiento de derechos, el Grupo de Trabajo emitió los “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador – Segundo agrupamiento de derechos”, OEA/Ser.L/XXV.2.1 GT/PSS/doc.9/13, aprobados por la Asamblea General de la OEA mediante la Resolución AG/RES. 2823 (XLIV-O/14), en la Segunda Sesión Plenaria de 4 de junio de 2014. Finalmente, en 2015, el Grupo de Trabajo incorporó ambos agrupamientos de derechos y fueron publicados bajo el título conjunto “Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.D/XXVI.11 (2015). En esta ocasión, se abordaron los derechos al trabajo y derechos sindicales, a la alimentación adecuada, al medio ambiente sano y a los beneficios de la cultura (p. 75). Cfr. Comité DESC, Observación General 19, cit., párr. 42.

²⁰ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párrs. 190, 191 y 202.

²¹ El señor Muelle Flores adquirió su derecho a la pensión bajo un régimen de contribuciones administrado por el Estado, es decir que adquirió el derecho a recibir una pensión luego de haber realizado aportes durante varios años. La legalidad de su incorporación a dicho régimen fue confirmada a nivel interno.

²² Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 207.

²³ *Ibid.*, párrs. 204 a 206.

personal [art. 5.1 de la Convención Americana] y la dignidad humana [Convención Americana, art. 11.1] se interrelacionan, y en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las *personas mayores*.²⁴

Sobre el particular, la Corte IDH en la sentencia concluyó:

*La falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad.*²⁵

1. El derecho a la seguridad social como derecho autónomo y su importancia para el derecho internacional

1.1. Sistema universal

El derecho a la seguridad social fue contemplado en el sistema universal de derechos humanos, en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.²⁶ Sin embargo, la mayor especificidad de este derecho tuvo lugar en 1966 en el Pidesc. En el artículo 9 de dicho tratado se establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Particularmente, el Comité DESC, en su Observación General 19, sobre el derecho a la seguridad social, ha desarrollado el contenido de dicho derecho.²⁷

²⁴ *Ibid.*, párr. 204.

²⁵ *Ibid.*, párr. 227.

²⁶ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 en París. El artículo 25 establece: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

²⁷ En el presente caso, el tribunal interamericano recoge el contenido que ha sido desarrollado por el Comité DESC en la Observación General 19.

En este entendido es importante destacar significativos parámetros que se incorporan a la jurisprudencia interamericana en materia de seguridad social, y que son concordantes con el contenido que ha sido desarrollado por el Comité DESC; de este modo, tenemos, en primer lugar, que el derecho a la seguridad social se puede conceptualizar como el derecho a “obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias [...] en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo”.²⁸

Por otro lado, el Comité DESC ha señalado “una serie de elementos fundamentales” que se aplican en cualquier situación o circunstancia, a saber: i) disponibilidad; ii) riesgos e imprevistos sociales: a) atención de la salud, b) enfermedad, c) vejez, d) desempleo, e) accidentes laborales, f) prestaciones familiares, g) maternidad, h) discapacidad, i) sobrevivientes y huérfanos; iii) nivel suficiente; iv) accesibilidad: a) cobertura, b) condiciones, c) asequibilidad, d) participación e información, e) acceso físico.²⁹

Cabe destacar que el Comité DESC ha declarado la vulneración del derecho a la seguridad social mediante su sistema de comunicaciones individuales; al respecto, en el año 2017, se pronunció en el Caso Trujillo Calero vs. Ecuador, teniendo como base las observaciones generales 6 (sobre las personas de edad) y la 19 (sobre la seguridad social). Para el Comité DESC, el derecho a la seguridad social es fundamental “para garantizar a todas las personas su dignidad humana”.³⁰ Por otro lado, también estimó que “el artículo 9 del Pacto implícitamente reconoce el derecho a las prestaciones de vejez”.³¹

1.2. Sistema africano de derechos humanos

En el caso del sistema africano, el derecho a la seguridad social no se encuentra contemplado en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1991. En este entendido, aunque la Carta Africana contempla derechos sociales de manera expresa, también se encuentran una serie de *derechos sociales perdidos*. Así, la Carta de Banjul no hace referencia expresa a una adecuada forma de vida (incluido el derecho a la alimentación, ropa y vivienda), el derecho a la seguridad social o el beneficio de los progresos científicos. Estos derechos “perdidos” en la

²⁸ Cfr. ONU, Comité DESC, Observación General 19, párr. 2, y Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 186.

²⁹ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, *ibid.*, párrs. 178 a 193.

³⁰ Comité DESC, Caso Trujillo Calero vs. Ecuador, Comunicación 10/2015, E/C.12/63/D/10/2015, 26 de marzo de 2018, párr. 11.1. En igual sentido, véase ONU, Comité DESC, Observación General 19, El derecho a la seguridad social (art. 9), 4 de febrero de 2008, párrs. 1 a 3; y López Rodríguez c. España, comunicación 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, 20 de abril de 2016, párrs. 10.1 y 10.2.

³¹ Cfr. Comité DESC, Observación General 6, Sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, 1995, párr. 10, y ONU, Comité DESC, Observación General 19, cit., párr. 10.

Carta de Banjul están relacionados con las necesidades socioeconómicas de las personas de África, predominantemente rural y empobrecida, quienes tienen un bajo acceso a agua potable, una vivienda adecuada, alimento, etc.³² Un paso importante fue la adopción en 2016 del Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de las personas mayores en África,³³ cuyo artículo 7 (Protección Social) prevé que los Estados parte desarrollarán políticas y leyes que garanticen que las personas mayores que se jubilen reciban pensiones adecuadas y otras formas de seguridad social.

1.3. Sistema europeo de derechos humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo o la corte europea) ha entendido que las prestaciones del sistema de seguridad social pueden ser consideradas un bien al que la persona tendría derecho, en la medida en que fue reconocido por la legislación nacional, precisamente por su contribución al sistema de seguridad social, que generó una expectativa razonable de acceso a la prestación social correspondiente.³⁴ Este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1 del Protocolo 1,³⁵ a partir del concepto de “bienes”.³⁶

La corte europea ha subrayado la particular diligencia que requiere la tramitación de casos en los que la cuestión dirimida es de carácter urgente, entre los que identifica, por ejemplo, los de naturaleza laboral y disputas sobre pensiones. Concretamente en materia de pensiones, la corte europea ha dicho que “es necesaria una diligencia especial en las controversias de carácter laboral, incluidas las controversias sobre pensiones”.³⁷

³² Cfr. Sisay Alemahu, *The Justiciability of Economics, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 241.

³³ *Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Older Persons in Africa*, adoptado el 31 de julio de 2016, Addis Abeba (Etiopía).

³⁴ Cfr. Pablo Santolaya y Sergio M. Díaz, “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en Raúl Canosa, Pablo Antonio Fernández, Javier García y Pablo Santolaya (coords.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Lima, ECB Ediciones S. A. C., 2015, p. 303.

³⁵ “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional”.

³⁶ Cfr. Caso *Stec vs. Reino Unido*, Sentencia de 12 de abril del 2006, Application 65731/01 65900/01; Caso *Wessels-Bergervoet vs. Holanda*, Sentencia de 12 de noviembre de 2002, Application 34462/97, y Caso *Andrejeva contra Letonia*, Sentencia de 18 de febrero de 2009, Application 55707/00.

³⁷ Cfr. Declaración rendida ante fedatario público por Christian Courtis el 30 de agosto de 2018, donde cita jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, a saber: casos *Konig v. Alemania*, 28 de junio de 1978, par. 111; *Buchholz v. Alemania*, 6 de mayo de 1981, par. 52; *Obermeier v. Austria*, 28 de junio de 1990, par. 72; *Vacatura v. Italia*, 24 de mayo de 1991, par. 17; *Borgese v. Italia*, 24 de enero de 1992, par. 18; *Ruotolo v. Italia*, 27 de febrero de 1992,

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales,³⁸ órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Carta Social Europea, contempla, en el artículo 12, de manera expresa, el derecho a la seguridad social.³⁹ De este modo, ha entendido que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y que el sistema de seguridad social debe cubrir los riesgos sociales tradicionales proveyendo beneficios adecuados con respecto a la atención médica, las enfermedades, el desempleo, la vejez, las lesiones laborales, la familia, la maternidad, etc. Adicionalmente, ha especificado que los beneficios que se proporcionen dentro de las diferentes ramas de la seguridad social deben ser adecuados y, en particular, los que sustituyen los ingresos no deben ser tan bajos como para que los beneficiarios caigan en la pobreza.⁴⁰ Cabe precisar que el mismo documento, a diferencia, por ejemplo, del *Pidesc*, desagrega en otras disposiciones el contenido del derecho a la seguridad social como la protección que tienen las trabajadoras (art. 8)⁴¹ o el derecho a la asisten-

par. 17; *Doustaly v. Francia*, 23 de abril de 1998, par. 48; *Thlimmenos v. Grecia*, 6 de abril de 2000, párs. 60 y 62; *Frydender v. Francia*, 27 de junio de 2000, par. 45; *García v. Francia*, 26 de septiembre de 2000, par. 14; *Julien v. Francia*, 8 de abril de 2003, par. 31; *Sartory v. Francia*, 24 de septiembre de 2009, par. 34.

³⁸ *CEDS, Finnish Society of Social Rights vs. Finland*, Decisión de 9 de septiembre de 2014, Decision on the Merits, Complaint, 88/2012, párrs. 57 y 59, y *Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia vs. Italy*, Decision on the merits, Complaint 13/2014, párr. 52.

³⁹ “Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a. La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes. b. La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes”.

⁴⁰ *CEDS, Finnish Society of Social Rights vs. Finland*, cit., párrs. 57 y 59, y *Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia vs. Italy*, cit., párr. 52.

⁴¹ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen: 1 a garantizar a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de catorce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la seguridad social o por subsidios sufragados con fondos públicos; 2 a considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante el periodo comprendido entre el momento en que comunique su embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante ese periodo; 3 a garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo; 4 a regular el trabajo nocturno de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos; 5 a prohibir el empleo de

cia social y médica (art. 13).⁴² También resulta relevante la Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, del Consejo de Europa, aprobada en 2014.⁴³

1.4. Sistema interamericano de derechos humanos: la interpretación de la Corte IDH en relación con el artículo 26 y el derecho a la seguridad social como derecho autónomo

1.4.1. *El derecho a la seguridad social antes del Caso Lagos del Campo vs. Perú*

En relación con el derecho a la seguridad social, la jurisprudencia de la Corte IDH había versado sobre el régimen de pensiones. Al respecto, el tribunal interamericano ha protegido este derecho principalmente a través del derecho a la propiedad privada –bajo la figura de “derechos adquiridos”– (CADH, art. 21), la protección judicial (CADH, art. 25) o a partir del derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación (CADH, arts. 24 y 1.1).

En el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú (2003), la Corte IDH consideró que no existía duda de que las víctimas de ese caso tenían derecho a una pensión de cesantía después de haber concluido sus labores.⁴⁴ Sin embargo, el tribunal interamericano no analizó la verdadera naturaleza del derecho –como parte de la seguridad social–, sino que desarrolló el régimen de pensiones a la luz del derecho a la propiedad privada. Para ello determinó, en primer lugar, que las pensiones pueden considerarse un derecho adquirido y, en segundo lugar, los parámetros que deben tenerse en cuenta para cuantificar el derecho a la pensión.⁴⁵

las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter peligroso, penoso o insalubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo”.

⁴² Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes se comprometen: (i) a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social; (ii) a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.

⁴³ Recomendación CM/Rec (2014) 2, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la promoción de los derechos de las personas mayores, adoptada por el Comité de Ministros el 14 de febrero de 2014 durante la 1192ª reunión de viceministros. De conformidad con el primer punto del anexo, “1. El objetivo de esta recomendación es promover, proteger, y asegurar el disfrute pleno y equitativo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de las personas mayores y promover el respeto de su dignidad inherente”.

⁴⁴ Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98, párr. 94.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 95.

Respecto del primer punto, el tribunal interamericano estimó que un derecho adquirido es “aquel derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas, como lo es las pensiones”; en otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión en los términos del artículo 21 de la Convención Americana.⁴⁶ En cuanto al segundo punto, la forma en que debería cuantificarse la pensión nivelable, la Corte IDH consideró que si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 del Pacto de San José, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las mismas), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Así, señaló la Corte IDH que el artículo 5 del Protocolo de San Salvador solo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.⁴⁷

Aunado a la violación del artículo 21 en este caso, el tribunal interamericano también consideró que existía una violación del artículo 25 de la Convención Americana, pues en el ámbito interno no se habían ejecutado las sentencias que concedían protección a las pensiones de las víctimas.⁴⁸

En el año 2009, en el Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú, ante la ausencia de restitución de algunos montos pensionarios (entre abril de 1993 y octubre de 2002), siguiendo el precedente del Caso Cinco

⁴⁶ *Ibid.*, párrs. 102 y 103.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 116. En otras palabras, la Corte IDH determinó que para restringir el derecho a la pensión nivelable es necesario que se realice un procedimiento administrativo con pleno derecho a las garantías adecuadas, y respetar, en todo caso, las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia. En el caso de las cinco víctimas, el tribunal interamericano consideró que no se habían cumplido ninguno de los dos requisitos (párrs. 117 y 118).

⁴⁸ *Ibid.*, párrs. 138 y 141.

Pensionistas, consideró que existía una violación de los artículos 25⁴⁹ y 21⁵⁰ de la Convención Americana.

El tribunal interamericano observó que, en total, habían transcurrido más de 11 y 8 años desde la emisión de la primera y última sentencia del Tribunal Constitucional, respectivamente –y casi 15 años desde la sentencia de la Primera Sala Civil Especializada de la Corte Superior de Lima– sin que estas fueran efectivamente cumplidas. La ineficacia de dichos recursos causó que el derecho a la protección judicial de las presuntas víctimas resultara al menos parcialmente ilusorio, lo que determinó la negación misma del derecho involucrado. En conclusión, la Corte IDH consideró que de la prolongada e injustificada inobservancia de las resoluciones jurisdiccionales internas derivó el quebranto del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención Americana, que no se habría configurado si dichas sentencias hubiesen sido acatadas en forma pronta y completa.⁵¹

Finalmente, en 2015, en el caso *Ángel Alberto Duque vs. Colombia* se alegó la exclusión de las víctimas de la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja; dicha exclusión se debía a que eran una pareja del mismo

⁴⁹ Sobre la violación del artículo 25 del Pacto de San José, la Corte expresó: “72. En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado” [Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, *cit.*, párr. 72].

⁵⁰ Sobre la violación del artículo 21 del Pacto de San José, la Corte IDH expresó: “85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión –derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquél caso, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene ‘efectos patrimoniales’ los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquél caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención” [Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, *cit.*, párr. 85].

⁵¹ *Ibid.*, párr. 90.

sexo. Si bien en este caso el tema de fondo eran las pensiones de manera directa, la Corte IDH declaró la violación de la igualdad ante la ley y de la no discriminación –contempladas en los artículos 1.1 y 24 de la CADH–. En este caso, el tribunal interamericano concluyó que el Estado no había presentado una justificación objetiva y razonable para que existiera una restricción en el acceso a una pensión de sobrevivencia basada en la orientación sexual. En consecuencia, la Corte IDH encontró que la diferenciación establecida en la normativa interna con fundamento en la orientación sexual para el acceso a las pensiones de sobrevivencia era discriminatoria y violaba lo establecido en el artículo 24 de la Convención Americana.⁵²

Por tanto, la Corte IDH observó que la existencia de una normatividad interna vigente que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo era una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, por lo que constituyó efectivamente un hecho ilícito internacional. Adicional a lo anterior, ese hecho ilícito internacional afectó al señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas.⁵³

1.4.2. El derecho a la seguridad social después del Caso Lagos del Campo: el caso Muelle Flores y otros vs. Perú

El Caso Lagos del Campo vs. Perú marcó un giro jurisprudencial de la Corte IDH en cuanto a la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales ante los órganos de protección del sistema interamericano, al declararse por primera vez una violación del artículo 26 de la Convención Americana.⁵⁴ En este caso, el tribunal interamericano declaró que Perú era responsable de la violación del derecho a la estabilidad laboral del señor Alfredo Lagos del Campo, toda vez que ante el despido arbitrario por parte de la empresa donde laboraba, el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger su derecho.⁵⁵ De esta manera, se dio paso a una nueva era en la protección directa y autónoma de los Desca ante el tribunal interamericano.

Al igual que lo ha venido haciendo con el derecho al trabajo⁵⁶ o el derecho a la salud,⁵⁷ en el Caso Muelle Flores la Corte IDH considera que el derecho a la seguridad social es plenamente derivable de la remisión que hace el artículo 26 de la Convención Americana a las normas económicas, sociales y de educación, ciencia

⁵² Corte IDH, Caso Duque vs. Colombia, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 310, párr. 124.

⁵³ *Ibid.*, párr. 125.

⁵⁴ Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, cit., párr. 154 y Resolutivo 5.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 151.

⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 142 y 145; Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú, cit., párr. 192; y Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit., párr. 220.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 100; y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párrs. 75 a 97.

y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Al respecto, el tribunal interamericano analiza una serie de normas de la Carta de la OEA para identificar que el derecho a la seguridad social es un derecho humano justiciable mediante el artículo 26, para luego establecer con mayor precisión su contenido y obligaciones estatales, acudiendo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, al *corpus iuris* internacional y a las normas constitucionales internas.⁵⁸

Aun cuando la Corte IDH se había pronunciado sobre la seguridad social (pensiones), en los casos Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía, las diferencias entre esas sentencias y el Caso Muelle Flores son palpables. Por ejemplo, en una primera aproximación desde la óptica de personas mayores, la Corte IDH define que la seguridad social

... es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla [;] el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.⁵⁹

Otro aspecto diferenciador radica en que ahora la Corte IDH puede profundizar en el régimen obligacional sobre un determinado derecho. El tribunal interamericano identifica que a la seguridad social, derivada de las obligaciones generales de respeto y garantía contenidas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, le son aplicables tanto las obligaciones de carácter inmediato (por ejemplo, la no discriminación) como aquellas que requieren un lapso de tiempo para su implementación, como las obligaciones de carácter progresivo –y, por consiguiente, obligaciones de no regresividad–. Evidentemente, cada caso bajo estudio requiere determinar qué tipo de obligaciones están en juego frente al derecho a la seguridad social, ya sean obligaciones de respeto frente al derecho, de garantía (como podría ser la progresividad) o bien una combinación de ambas. Esta identificación resulta fundamental debido a que demuestra que no todos los casos en los que se involucra un derecho social necesariamente traen aparejada únicamente una violación de la “obligación de progresividad”⁶⁰

⁵⁸ Véase *supra*, párrs. 3 a 5, del presente voto.

⁵⁹ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 183.

⁶⁰ *Ibid.*, párrs. 190, 191 y 202.

Un tercer aspecto relevante del Caso Muelle Flores es que se tiene una panorámica integral de cada una de las violaciones que se presentan en cada caso. Aun cuando la Corte IDH había realizado una encomiable labor en la temática de pensiones al enmarcar las violaciones dentro del contenido del derecho a la propiedad privada (art. 21), como lo había hecho en el caso Cinco Pensionistas y Acevedo Buendía, es innegable que ese derecho no abarca el contenido amplio del derecho a la seguridad social;⁶¹ si bien el derecho a la seguridad social contempla aspectos monetarios o financieros (pensiones), también implica prestaciones en determinados servicios a los que la persona beneficiaria puede acceder –por ejemplo, servicios médicos preventivos o de urgencia– lo cual, sin lugar a dudas, escapa del ámbito de protección de la propiedad privada.⁶² De allí que la Corte IDH, en su sentencia, realice la interrelación –mas no la subsunción– entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la propiedad.⁶³

Todos y cada uno de estos aspectos que he destacado brindan una argumentación concreta de las razones por las cuales los derechos sociales –como el derecho a la seguridad social– pueden ser válidamente justiciables de manera autónoma.⁶⁴ A lo anterior debemos sumarle que, como lo ha advertido anteriormente el tribunal interamericano,

... [de una] interpretación literal, sistemática y teleológica [es posible] concluir que el artículo 26 de la Convención Americana protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Los alcances de estos derechos deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento. [Lo anterior] se fundamenta no sólo en cuestiones formales, sino que resulta de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como

⁶¹ Por ejemplo, en el Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, la Corte IDH expresó una aproximación similar en relación con el artículo 21 de la Convención Americana, sobre la posibilidad de diferenciar el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda. En este sentido, expresó: “En tal virtud, este Tribunal considera necesario hacer algunas precisiones adicionales sobre la inviolabilidad del domicilio y la vida privada, desde la perspectiva del artículo 11.2 de la Convención y sobre el derecho a la vivienda, esto último tomando en consideración que si bien toda vivienda es susceptible de ser protegida mediante el derecho de propiedad, no toda propiedad es necesariamente una vivienda” (Corte IDH, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 341, párr. 241). Cabe precisar que en dicho fallo, la Corte IDH no declaró violado el derecho a la vivienda de manera autónoma.

⁶² Cfr. ONU, Comité DESC, Observación General 19, cit., párr. 2.

⁶³ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 218.

⁶⁴ *Ibid.*, puntos resolutivos quinto y sexto, y párrs. 171 a 209 y 213 a 219.

de su compatibilidad con el objeto y fin de la Convención, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.⁶⁵

Este importante ejercicio interpretativo sobre los derechos y los alcances de los derechos sociales que realiza el tribunal interamericano no es ajeno a su jurisprudencia, pues lo que ha hecho tradicionalmente la Corte IDH ha sido dotar de contenido las disposiciones del Pacto de San José para actualizar el contenido de los artículos frente a las nuevas realidades que se le han ido presentando en su labor jurisdiccional.⁶⁶

Es importante resaltar que el tribunal interamericano, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*). Para hacer dicha determinación, la Corte IDH debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (Convención, art. 62.1) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte IDH a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Además, la Corte IDH ha señalado que los términos amplios en que está redactada la Convención Americana indican que el tribunal interamericano ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones.⁶⁷

2. La falta de ejecución de sentencias sobre derechos sociales y su impacto en las personas mayores

2.1. El derecho al acceso a la justicia en sentido amplio

La Corte IDH ha establecido que “el hecho de que una sentencia se encuentre en etapa de ejecución no excluye una posible violación al derecho a un recurso efectivo”, en la medida que “el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.⁶⁸

⁶⁵ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 97.

⁶⁶ Por ejemplo, recientemente la Corte IDH ha interpretado el alcance del artículo 6 de la Convención Americana. Véase Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318. También pueden advertirse los casos relacionados con el derecho a la verdad: Corte IDH, Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 299, hasta el Caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú, Sentencia de 20 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 355.

⁶⁷ Cfr. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, cit., párrs. 16 y 17.

⁶⁸ Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 73, y Caso Fornerón e hija vs. Argentina,

El tribunal interamericano ha indicado que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere, además, que el Estado garantice los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados.⁶⁹ Asimismo, el tribunal interamericano ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.⁷⁰

Así, el artículo 25.2.c de la Convención Americana establece el compromiso de los Estados de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente [un] recurso” que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales. Por tanto, la efectividad de las sentencias y de las providencias judiciales “depende de su ejecución [...] debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”. En consecuencia, “la ejecución de las sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso al recurso, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva”.⁷¹

El derecho al acceso a la justicia en sentido amplio resulta fundamental para los derechos sociales. En muchos casos, los problemas no radican en que no se proteja el derecho a nivel interno, sino en la falta de ejecución de las sentencias en el ámbito doméstico que previamente han reconocido y otorgado el derecho. Lo anterior es fundamental para una tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, el Comité DESC ha identificado que en la práctica, las víctimas de violaciones de los derechos reconocidos en el PIDESC enfrentan dificultades para acceder a recursos judiciales efectivos. Así lo señaló expresamente en las últimas observaciones finales de ocho países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH;⁷² además, esta preocupación la dejó ver de manera implícita

Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 242, párr. 107.

⁶⁹ Cfr. Garantías judiciales en estados de emergencia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 27.2, 25 y 8); Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, párr. 24, y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párr. 169.

⁷⁰ Cfr. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, cit., párr. 73, y Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 276, párr. 33.

⁷¹ Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 144, párr. 220, y Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246, párr. 209.

⁷² Cfr. Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, 17 de abril de 2018, UN Doc. E/C.12/MEX/CO/5-6, párr. 5; *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico del Uruguay*, 20 de julio de 2017, UN Doc. E/C.12/

respecto de otros dos.⁷³ La situación se repite al menos en seis países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que no han reconocido la competencia de la Corte IDH.⁷⁴

Asimismo, recientemente, el Comité DESC ha fijado también su preocupación en el hecho de que, pese a existir recursos judiciales, en la práctica se observa una falta de cumplimiento efectivo de las sentencias emitidas en las que se han encontrado violaciones de derechos económicos, sociales y culturales.⁷⁵

Bajo este panorama, el Comité DESC, desde la Observación General 9, sobre la aplicación interna del Pacto, ha establecido que “los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo”,⁷⁶ como garantizar el derecho a la seguridad social mediante la creación de mecanismos internos, coercitivos, que materialicen una sentencia que otorga y reconoce ese derecho.⁷⁷

URY/CO/5, párr. 7; *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Costa Rica*, 21 de octubre de 2016, UN Doc. E/C.12/CRI/CO/5, párrs. 6 y 7; *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República Dominicana*, 21 de octubre de 2016, UN Doc. E/C.12/DOM/CO/4, párr. 5; *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Honduras*, 11 de julio de 2016, UN Doc. E/C.12/HND/CO/2, párr. 5; *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Chile*, 7 de julio de 2015, UN Doc. E/C.12/CHL/CO/4, párr. 7; *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay*, 20 de marzo de 2015, UN Doc. E/C.12/PRY/CO/4, párr. 7; *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Panamá, 24 de septiembre de 2001, E/C.12/1/Add.64, párrs. 9 y 25.

⁷³ Cfr. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*, 19 de octubre de 2017, E/C.12/COL/CO/6, párr. 13, inc. c), 45 y 46, inc. c); *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de Guatemala*, 9 de diciembre de 2014, E/C.12/GTM/CO/3, párr. 6.

⁷⁴ Cfr. Comité DESC, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico del Canadá*, 23 de marzo de 2016, UN Doc. E/C.12/CAN/CO/6, párr. 5; *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo a cuarto combinados de Guyana*, 28 de octubre de 2015, UN Doc. E/C.12/GUY/CO/2-4, párr. 8; *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela*, 7 de julio de 2015, UN Doc. E/C.12/VEN/CO/3, párr. 7; *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de Jamaica*, 10 de junio de 2013, UN Doc. E/C.12/JAM/CO/3-4, párr. 6; *Examen de los informes presentados por los Estados de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Trinidad y Tobago, 5 de junio de 2002, E/C.12/1/Add.80, párr. 9; *Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales, San Vicente y las Granadinas*, 2 de diciembre de 1997, E/C.12/1/Add.21, párr. 13.

⁷⁵ Cfr. Comité DESC, *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México*, op. cit., párrs. 5 y 6; *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Colombia*, op. cit., párr. 18, inc. c).

⁷⁶ *Mutatis mutandi*, Comité DESC, Observación General 9, *La aplicación interna del Pacto*, 1998, párr. 7.

⁷⁷ Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 128.

Si bien en el presente caso se abordó el derecho a la seguridad social, es necesario recalcar que “estos mecanismos” que se dirigen a concretar una sentencia judicial aplican a todos los derechos humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales o ambientales, o derechos civiles y políticos.

2.2. La protección de las personas mayores en el derecho internacional y su importancia como grupo en situación de vulnerabilidad

En el año 1995, el Comité DESC manifestó que “a diferencia de otros grupos de población, tales como las mujeres y los niños, no existe todavía ninguna convención internacional general relacionada con los derechos de las personas [mayores] y no hay disposiciones obligatorias respecto de los diversos grupos de principios de las Naciones Unidas en esta materia”.⁷⁸

El panorama que describía el Comité DESC en 1995, ha cambiado considerablemente en la actualidad. En el seno de las Naciones Unidas,⁷⁹ en mayo de 2014, el Consejo de Derechos Humanos designó a Rosa Kornfeld-Matte, como la primera Experta Independiente para los derechos humanos de las personas mayores.⁸⁰ Sin detrimento de lo anterior, los mayores avances se han presentado en el sistema interamericano y en el sistema africano de derechos humanos, quienes han creado documentos específicos que consagran derechos concretos para las personas mayores.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su artículo 18.4, otorga una protección especial para las personas mayores.⁸¹ El 31 de enero

⁷⁸ Cfr. Comité DESC, Observación General 6, *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad*, 1995, párr. 13.

⁷⁹ La primera vez que el tema de las personas mayores se puso de manifiesto en la agenda internacional fue durante el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento en 1982. Con posterioridad, en 1991, la Organización de las Naciones Unidas proclamó “Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad”, en donde se ponían como ejes rectores los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. En 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Proclamación sobre el Envejecimiento, en donde se expresó que “[las personas mayores] contribuyen a las sociedades y no son una carga para ellas”. Finalmente, el avance más significativo se dio en 2002, con la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. En dicha Declaración, los Estados se comprometieron a “llevar a cabo la tarea de incorporar eficazmente el envejecimiento en las estrategias, políticas y acciones socioeconómicas, teniendo presente que las políticas concretas variarán en función de las condiciones de cada país”. Adicionalmente, otros órganos del sistema universal mediante observaciones generales, recomendaciones generales o informes de relatores especiales han abordado la situación de los derechos de las personas mayores.

⁸⁰ Este mandato ha permitido visibilizar informes temáticos sobre las personas mayores en lo relativo a su autonomía y cuidados.

⁸¹ “4. Los ancianos y los minusválidos también tendrán derecho a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales”.

de 2016 se adoptó el Protocolo relativo a los Derechos de las Personas Mayores en África.⁸²

El sistema interamericano de derechos humanos adoptó, el 15 de junio de 2015, la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, vigente desde el 11 de enero de 2017.⁸³ Resulta especialmente relevante que el artículo 31 (Acceso a la Justicia) de dicho instrumento internacional expresa: “Los Estados parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y *ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales*”.

Aunque el sistema europeo de derechos humanos no cuenta con un instrumento jurídico específico que proteja de manera diferenciada a las personas mayores, la Carta Social Europea establece, en su artículo 23, el derecho de estas personas a la protección social.⁸⁴

Con independencia de lo anterior, los avances más significativos en cuanto a la protección de los derechos de las personas mayores han sido dentro del acervo jurisprudencial, tanto de la Corte Europea de Derechos Humanos en el cumplimiento de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos como de la jurisprudencia de la Corte IDH en aplicación de las disposiciones de la Convención Americana.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre casos que han involucrado a personas mayores sobre temáticas relativas a la desaparición en un hogar de personas mayores de una residente con Alzheimer;⁸⁵ sobre la necesidad de que los procesos sean rápidos por la edad de los accionantes;⁸⁶

⁸² Este Protocolo fue adoptado el 31 de julio de 2016, en Addis Abeba (Etiopía).

⁸³ Hasta el momento, esta Convención ha sido suscrita, ratificada o se han adherido los siguientes países: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay.

⁸⁴ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular: - a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; b la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos; - a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda; b la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado; - a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución”.

⁸⁵ Caso *Dodov vs. Bulgaria*, Sentencia de 17 de enero de 2008.

⁸⁶ Cfr. Caso *Jablonská vs. Polonia*, Sentencia de 9 de marzo de 2004, Final, 9 de junio de 2004, núm. 60225/00; Caso *Codarcea vs. Rumania*, Sentencia de 2 de junio de 2009, Final,

sobre el cierre de hogares de cuidados para personas mayores;⁸⁷ y sobre la protección de la propiedad de personas mayores.⁸⁸

2.3. La jurisprudencia de la Corte IDH sobre personas mayores

En el caso del tribunal interamericano podemos identificar dos etapas jurisprudenciales sobre los casos relacionados con las personas mayores: a) aquella en donde tímida y tangencialmente se aborda la situación particular de una persona mayor; y b) aquella en donde la Corte IDH aborda el caso desde un enfoque de “la edad” como factor que impacta de manera diferenciada a las personas mayores y sus derechos.

En cuanto a la primera etapa, en el año 2005, en el Caso *Yakye Axa vs. Paraguay*, el tribunal interamericano notó que entre los miembros de la comunidad había personas de “edad avanzada” y estimó:

En lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables.⁸⁹

Con posterioridad, en el año 2013, en el Caso *García Lucero vs. Chile* que “[la víctima] se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad[,] el Tribunal observa que está probado que el señor García Lucero tiene una edad avanzada de 79 años”.⁹⁰

En la segunda etapa encontramos el *leading case* en materia de las personas mayores: el Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, decidido por el tribunal interamericano en 2018,⁹¹ que constituyó la primera oportunidad en la cual la Corte IDH abordó de manera detallada la especial situación de vulnerabilidad y discriminación que viven las personas mayores. Además, en el fallo se consideró que “la edad” –como categoría sospechosa–, si bien no se encuentra expresa en el artículo 1 del Pacto de San José, puede interpretarse –de la misma forma en la que lo había hecho con otras categorías no expresas– dentro de la categoría de “u otra condición social”;

2 de septiembre de 2009, núm. 31675/04; Caso *Styranski vs. Polonia*, Sentencia de 30 de octubre de 1998, núm. 28616/95; y Caso *Krzak vs. Polonia*, Sentencia de 6 de abril de 2004, Final, 7 de julio de 2004, núm. 51515/99.

⁸⁷ Caso *Watts vs. Reino Unido*, 4 de mayo de 2010.

⁸⁸ Caso *Klaus y Iouri Kiladze vs. Georgia* de 2 de febrero de 2010; *Da Conceição Mateus vs. Portugal* y *Santos Januário vs. Portugal* de 8 de octubre de 2013.

⁸⁹ Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 125, párr. 175.

⁹⁰ Corte IDH, Caso *García Lucero y otros vs. Chile*, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 267, párr. 231.

⁹¹ Cfr. Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, cit.

por lo tanto, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores se encuentra tutelada por la Convención Americana.

Este fallo agregó que “la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma”, según lo interpretó en la Opinión Consultiva 18 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados,⁹² por lo que la prohibición de discriminación en el caso de las personas mayores comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos.⁹³

Cabe destacar que el Caso Poblete Vilches⁹⁴ fue el primer precedente en el que se declaró violado el derecho a la salud como derecho autónomo, por lo que el tribunal interamericano abordó las violaciones de este derecho bajo una óptica de la repercusión en la edad de la persona y las circunstancias particulares del caso, como el consentimiento informado sustituto o bien cómo deben entenderse los servicios médicos urgentes cuando está involucrado el derecho a la salud de una persona mayor.⁹⁵

Finalmente, es importante destacar algunas medidas de reparación que de no haber abordado la especial situación de vulnerabilidad, hubieran sido desarrolladas bajo otros parámetros. De este modo, en la sentencia del caso se ordenó: i) fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria, ii) diseñar una publicación o cartilla que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, y iii) adoptar las medidas necesarias, a fin de diseñar una política general de protección integral a las personas mayores.⁹⁶

El segundo caso en el que la Corte IDH abona a la situación de las personas mayores de manera directa y específica es precisamente el Caso Muelle Flores, en donde además de abordar las violaciones de un derecho social, el alto tribunal permea de manera transversal importantes estándares en materia de personas mayores desde una perspectiva de la falta de ejecución de las sentencias.

3. La importancia del Caso Muelle Flores para la jurisprudencia interamericana: la obligación de debida diligencia excepcional

Los derechos que han sido abordados en apartados anteriores –el derecho a la seguridad social, el derecho a la propiedad y el derecho a un recurso judicial

⁹² Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 101.

⁹³ Cfr. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 122.

⁹⁴ Para una aproximación a este caso y su importancia, véanse los interesantes trabajos contenidos en la obra colectiva Mariela Morales y Laura Clérico (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

⁹⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, cit., párr. 142.

⁹⁶ *Ibid.*, puntos resolutivos 15 y 16.

efectivo– tienen una especial repercusión en cuanto al caso en concreto. En la sentencia se señala:

En cuanto al plazo razonable en relación con la etapa de ejecución de sentencias, la Corte resalta que dicho plazo debe ser más breve debido a la existencia de una decisión firme en relación con una materia concreta. Es inadmisibles que un procedimiento de ejecución de sentencia distorsione temporalmente lo resuelto en sentencia definitiva o de cualquier otro modo lo desvirtúe o vuelva inoficioso, prolongando exagerada o indefinidamente la situación litigiosa ya resuelta. Ello adquiere mayor relevancia en un proceso de ejecución de sentencias, por medio de las cuales fue reconocido a nivel interno el derecho a la seguridad social.⁹⁷

En estos casos, los derechos involucrados en las sentencias internas que reconozcan derechos humanos –como el derecho a la seguridad social– deben analizarse desde la óptica de particular celeridad en el plazo razonable establecida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, para la ejecución de la sentencia. Lo anterior, tal como se ha establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH, cobra particular importancia en lo relativo a *la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso*. El tribunal interamericano ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.⁹⁸ Aunque la Corte IDH en su sentencia denomina a esta obligación de los Estados como un “avance con la mayor diligencia” o “mayor celeridad”, también ha sido identificada como “debida diligencia excepcional”.

En este sentido, sobre la razonabilidad de los plazos en casos que involucren afectaciones de una persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, el Tribunal Europeo ha expresado que las autoridades deben actuar con excepcional diligencia.⁹⁹ En este sentido, las autoridades judiciales deben actuar de forma excepcionalmente diligente en procedimientos que involucren a personas que, por sus condiciones específicas, requieran atención inmediata; por ejemplo, personas con VIH/sida, ya que lo que está en juego es de crucial importancia (su estado de salud).¹⁰⁰ Del mismo modo, el Tribunal Europeo también ha considerado que la edad

⁹⁷ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 157.

⁹⁸ Cfr. Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 192, párr. 155, y Caso Pacheco León y otros vs. Honduras, Sentencia de 15 de noviembre 2017, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 342, párr. 120.

⁹⁹ Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, cit., párr. 195; y TEDH, Caso H. vs. Reino Unido, Sentencia de 8 de julio de 1987, núm. 9580/81, párr. 85.

¹⁰⁰ TEDH, Caso H. vs. Reino Unido, *ibid.*, párr. 85; Caso X. vs. Francia, Sentencia de 31 de marzo de 1992, núm. 18020/91, párr. 47. En similar sentido, Caso A. y otros vs. Dinamarca, Sentencia de 8 de febrero de 1996, núm. 20826/92, párr. 78.

avanzada de los peticionarios requiere una especial diligencia de las autoridades para la resolución de sus procesos.¹⁰¹

Por su parte, el tribunal interamericano ha considerado que en casos de personas en situación de vulnerabilidad, como aquellas con discapacidad, resulta imperante tomar medidas pertinentes; por ejemplo, la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución o ejecución de los mismos.¹⁰² Por otro lado, también ha considerado que esta obligación se puede aplicar en un proceso penal¹⁰³ que tenga como finalidad ser el medio para activar un procedimiento de pago de daños y perjuicios, y en el que se involucren a menores de edad con VIH/sida.¹⁰⁴

Ahora bien, el Caso Muelle Flores pone de manifiesto que la edad de una persona mayor es un elemento importante en este tipo de circunstancias, debido a que al ser la seguridad social un derecho de carácter alimentario y sustitutivo, tiene importantes impactos en la forma en que la persona mayor desarrollará el resto de su vida, a mayor abundamiento, si tenemos en consideración que se adquiere una expectativa legítima de recibir una pensión después de los años laborados.

Lo anterior es de especial relevancia si consideramos que la propia Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece en su artículo 31 (Acceso a la Justicia): “Los Estados parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales”.

En el caso particular, la Corte IDH constató que la falta de ejecución de las sentencias no solo repercutió en el goce del derecho a la seguridad social, sino que

¹⁰¹ TEDH, Caso Jablonská vs. Polonia, cit., párr. 43; Caso Codarcea vs. Rumania, cit., párr. 89; Caso Styranski vs. Polonia, cit., párr. 57; y Caso Krzak vs. Polonia, cit., párr. 42.

¹⁰² Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, cit., párr. 196.

¹⁰³ En el caso Gonzales Lluy, la Corte especificó: “315. Tomando en consideración i) que en el presente caso la integridad de Talía estaba en juego; ii) la consecuente urgencia derivada de su condición de niña con VIH, y iii) la crucial importancia en la resolución de los procesos para el acceso de Talía y su familia a una reparación por daños y perjuicios, la Corte concluye que existía una obligación especial de actuar con debida diligencia, y que esta obligación no fue cumplida por el Estado” (Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298, párr. 315).

¹⁰⁴ Cfr. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, *ibid.*, párrs. 309 a 312. En similar sentido, aunque en lo relativo a las medidas de reparación, en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, caso relacionado con la violación del derecho a la salud por la falta de atención médica a personas con VIH/SIDA, la Corte IDH ordenó que se debería “actuar con especial celeridad en el cumplimiento” de brindar el tratamiento médico y psicológico/psiquiátrico a las víctimas directas y que se encontraban con vida, pues de “su cumplimiento depende la preservación de la salud, la integridad personal y la vida de las víctimas del caso” (Cfr. Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit., párrs. 210 y 213).

desencadenó una serie de consecuencias, tanto de índole física como de carácter emocional. En concreto, es preciso destacar que el señor Muelle Flores, al no poder gozar del derecho a la seguridad social, desarrolló una discapacidad auditiva. Si bien es cierto que al llegar a una avanzada edad las personas pueden encontrar disminuidas las funciones orgánicas del cuerpo humano, si a esta situación le sumamos que no se tiene acceso a un régimen de servicios de salud de carácter preventivo, es lógico que al llegar a una determinada edad se adquieran limitaciones de cualquier índole. Es fundamental destacar que una persona mayor no necesariamente tendrá una discapacidad por llegar a un estadio específico de su vida; por ello, la seguridad social juega un rol fundamental –por toda la amplia gama de servicios que incluye– en determinado grupo de personas, como lo son las personas mayores.

Por otro lado, otro tipo de manifestaciones negativas que implica la excesiva dilación en la ejecución de las sentencias que reconocen el derecho a la seguridad social son los sentimientos de angustia. Si bien en el caso no fue alegado ni por la CIDH ni por los representantes de las víctimas, la Corte IDH identifica que este tipo de afectaciones trascienden el plano material. Es por ello que el tribunal interamericano incluye, vía *iura novit curia*, el derecho a la integridad personal (Convención Americana, art. 5) y a la dignidad (derecho que se deriva, en un sentido amplio, del artículo 11 del Pacto de San José).

De este modo, tal como concluye la sentencia:

La falta de materialización del derecho a la seguridad social por más de 27 años generó un grave perjuicio en la calidad de vida y la cobertura de salud del señor Muelle, una persona en situación de especial protección por ser una persona mayor con discapacidad. La vulneración generada por la falta de pago de la pensión se extendió más allá del plazo razonable debido, y al ser este el único ingreso de la víctima, la ausencia prolongada del pago generó indefectiblemente una precariedad económica que afectó la cobertura de sus necesidades básicas, y por ende también su integridad psicológica y moral, así como su dignidad.¹⁰⁵

Conclusiones

El Caso Muelle Flores profundiza en la ruta trazada por la Corte IDH en materia de la justiciabilidad directa de los Desca. Constituye un avance importante en la jurisprudencia interamericana, al declararse violado por primera vez el derecho a la seguridad social de una persona mayor con discapacidad, vía el artículo 26 del Pacto de San José. El fallo establece estándares relevantes para las personas mayores

¹⁰⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Muelle Flores vs. Perú, cit., párr. 227.

como grupo en situación de especial vulnerabilidad, cuando se trata de la falta de materialización de dicho derecho por el incumplimiento del pago de la pensión.

El caso nos muestra que la confluencia de diversos factores de vulnerabilidad –que tradicionalmente habían sido identificados por la Corte IDH en casos de discriminación contra la mujer–¹⁰⁶ también pueden operar en situaciones en donde el sexo/género no se encuentren involucrados; en el caso, la “edad” y “la discapacidad auditiva” se encuentran como *múltiples formas de vulnerabilidad* en la vida del señor Muelle Flores, lo cual tiene importantes consecuencias si se tiene en consideración la falta de ejecución de las sentencias que han reconocido el derecho a la seguridad social en el ámbito interno.

Todos estos elementos que permea el tribunal interamericano en su sentencia son de especial relevancia para un grupo social que, por muchos años, no encontró protección en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, no es casualidad que los precedentes sobre personas mayores coincidan con derechos de carácter social, toda vez que en muchos de los casos es este grupo en situación de vulnerabilidad –marcado con frecuencia por la pobreza, marginación y exclusión– el que ve negados sus derechos básicos. En este sentido, “es necesario avanzar en la senda de la igualdad y en la construcción de Estados de bienestar para toda la población, en los que la protección social sea un derecho efectivo”.¹⁰⁷

Bibliografía

- ALEMAHU, Sisay, *The Justiciability of Economics, Social and Cultural Rights in the African Regional Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- CANOSA, Raúl, Pablo Antonio FERNÁNDEZ, Javier GARCÍA y Pablo SANTOLAYA (coords.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Lima, ECB Ediciones S. A. C., 2015.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *Panorama social de América Latina, 2018 LC/PUB.2019/3-P*, Santiago, 2019.
- MORALES, Mariela y Laura CLÉRICO (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte IDH*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

¹⁰⁶ Entre otros, Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, cit.; y Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, cit.

¹⁰⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), *Panorama social de América Latina*, 2018 LC/PUB.2019/3-P, Santiago, 2019, p. 14.

Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)*
Rosana Helena Maas (Brasil)**

Desafios e perspectivas do direito fundamental social à saúde nos 30 anos da Constituição Federal brasileira: da programaticidade à judicialização***

RESUMO

O panorama atual do direito fundamental social à saúde no Brasil é marcado por um forte fenômeno de judicialização. Pretende-se, com o presente artigo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, demonstrar como se deu a evolução da efetivação desse direito nos trinta anos da Constituição Federal de 1988, contribuindo-se, assim, para a compreensão da forma em que ocorreu o seu desenvolvimento ao longo do

* Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br

** Pós-Doutora em Direito pela Universität Salzburg (Áustria). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). rosanamaas@unisc.br

*** Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2017), e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Edital Universal – Processo 403533/2018-o e Bolsa de Produtividade em Pesquisa Pq – Processo 306417/2018-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

tempo, passando-se de uma noção de mera programaticidade para uma intensa e controvertida atuação do Poder Judiciário no sentido de sua implementação.

Palavras-chave: Constituição Federal, direito fundamental social à saúde, judicialização da saúde.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Panorama des sozialen Grundrechts auf Gesundheit ist in Brasilien zurzeit stark durch das Phänomen der Judizialisierung gekennzeichnet. Der vorliegende Artikel beabsichtigt, auf der Grundlage eines hypothetisch-deduktiven Ansatzes darzulegen, wie die Umsetzung dieses Rechts bis zum dreißigsten Jahrestag des Bestehens der Bundesverfassung von 1988 erfolgte und damit zum Verständnis der Art und Weise seiner Entwicklung im Lauf der Jahre beizutragen, die von einer Erklärung mit rein programmatischem Charakter zum umstrittenen Handeln der Justiz mit dem Ziel seiner Umsetzung fortgeschritten ist.

Schlagwörter: Bundesverfassung, soziales Grundrecht auf Gesundheit, Judizialisierung der Gesundheit.

ABSTRACT

The current panorama of the fundamental social right to health in Brazil is marked by a strong phenomenon of judicialization. The purpose of this article, based on the hypothetical-deductive method, is to demonstrate how the evolution of this right took place during the thirty years elapsed from the Federal Constitution of 1988, thus contributing to understand how it unfolded over time, moving from a notion of mere planning to an intense and controversial action by the judiciary towards its implementation.

Keywords: Federal Constitution. Fundamental social right to health. Judicialization of health.

Introdução

O direito social à saúde recebeu caráter de direito fundamental com a Constituição Federal de 1988, que recentemente completou trinta anos. No atual cenário, a discussão referente à sua efetivação e garantia não pode fugir do tema da judicialização da saúde, que se constitui em um desafio à atuação dos Poderes estatais no Brasil. Assim, pretende-se, com o presente artigo, por meio da utilização do método hipotético-dedutivo, demonstrar como se deu a evolução da efetivação do direito fundamental à saúde nos trinta anos da Constituição Federal de 1988, contribuindo-se para a compreensão da forma em que ocorreu o seu desenvolvimento ao longo do tempo, passando-se de uma noção de mera programaticidade a uma intensa e controvertida atuação do Poder Judiciário no sentido de sua implementação.

Para tanto, num primeiro momento serão abordados o histórico do direito à saúde no Brasil, a sua previsão na Constituição Federal e a sua operacionalização por meio do chamado Sistema Único da Saúde (SUS), de caráter e acesso universal, para, na sequência, discutir-se o fenômeno da judicialização da saúde e suas principais críticas e consequências no âmbito da separação de Poderes. Espera-se, dessa maneira, colaborar para uma melhor percepção e visualização de alguns aspectos controversos sobre o assunto no ordenamento jurídico brasileiro, contemplando, nessa linha, a temática do XXV Anuário de Direito Constitucional Latino-Americano, referente aos avanços, mudanças e desafios em matéria de direito constitucional nos últimos vinte e cinco anos.

1. O direito fundamental social à saúde e a sua operacionalização: contornos históricos

A trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se no Século XIX, com a vinda da Corte Portuguesa, por quem eram realizadas algumas ações em combate à lepra e à peste, sendo desenvolvida uma espécie de controle sanitário, especialmente no que diz respeito aos portos e às ruas. Em 1870, o Estado praticou algumas ações mais efetivas referentes ao direito à saúde, com a adoção do chamado modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da força e da autoridade policial em busca da erradicação da febre amarela.¹

Contudo, somente na década de 1930 é que houve uma estruturação básica do sistema público de saúde, pela que se passou a realizar também ações curativas, bem como a criar o Ministério da Educação e da Saúde Básica. Nesse contexto tiveram origem os chamados IAPs (Institutos de Previdência) que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo. Todavia, apenas a categoria profissional ligada ao Instituto de Previdência era beneficiada com os serviços públicos. Assim, a saúde pública não era universalizada: restringia-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía com a previdência, excluindo o restante da população. Em seguida, houve a criação do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), em que todo o trabalhador urbano, com carteira assinada e contribuinte, era beneficiário desse novo sistema, tendo direito à rede pública; no entanto, o problema estava no fato de que a maioria das pessoas não integravam o mercado formal.²

¹ Luís Roberto Barroso, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, em: E-GOV, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>.

² Luís Roberto Barroso, *idem*.

No Brasil, o direito à saúde, nessa perspectiva, foi incorporado, inicialmente, como direito à assistência em saúde aos trabalhadores que possuíam um vínculo formal no mercado de trabalho, o que contemplava apenas a parcela da população que contribuía à previdência social. Privava, dessa maneira, a maioria da população do acesso às ações de saúde, restando a elas apenas a assistência prestada por entidades filantrópicas. Não era a saúde considerada como um direito, mas tão-somente um benefício da previdência social, como a aposentadoria, o auxílio-doença, a licença-maternidade e outros.³

Como direito fundamental⁴ de caráter social e com abrangência universal (não atrelada a nenhuma classe trabalhadora ou a contribuição de qualquer natureza), o direito à saúde apareceu apenas na Constituição Federal de 1988,⁵ que, de forma genérica, no artigo 6º.⁶ *caput*, incorpora-o como um direito social, juntamente com a educação e a alimentação, dentre outros. Mais à frente, no Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo II, “Da Segurança Social”, Seção II, “Da saúde”, pode-se verificar que o artigo 196⁷ legisla o direito à saúde como: direito de todos, dever do Estado, de acesso universal e igualitário, mediante ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação, ou seja; mediante políticas públicas.⁸

³ Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa, Caminhos do direito a saúde no Brasil, Brasília, Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 7.

⁴ Quanto à fundamentalidade do direito à saúde, cabe referir que o direito à saúde goza de dupla fundamentalidade: formal e material. A fundamentalidade material se dá pela relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, como pressuposto à manutenção da vida; a fundamentalidade formal decorre, por sua vez, do direito constitucional positivo. Mariana Filchtner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 5. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_colateanea_TAnia_10_04_09.pdf.

⁵ Sueli Gandolfi Dallari, “A construção do direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 3, novembro de 2008, p. 11. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>.

⁶ Verifica-se o artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

⁷ Artigo 196 da Constituição Federal de 1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

⁸ Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

No âmbito das competências, prevê a Constituição Federal distintas normas, no teor de legislar sobre o assunto e de executar as medidas. Nessa perspectiva, para legislar sobre a proteção e defesa da saúde a competência é concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, conforme o artigo 24, inciso XII, sendo que, complementando, o artigo 30, inciso II, traz que compete aos Municípios suplementar essa legislação. A competência de execução das medidas, das obrigações, como formular as políticas públicas, é comum à União, aos Estados e ao Município, que, conforme o artigo 23, inciso II,⁹ devem cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Dessa forma, verifica-se que se trata de obrigação solidária entre os entes, o que já foi, inclusive, acertado pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá abaixo. Observa-se que o sistema de saúde pós-88 foi instaurado na lógica do modelo federativo, com base, assim, na divisão de responsabilidades, tanto de financiamento como de competências.¹⁰

Prosseguindo, em 1990 – como reivindicação feita pela sociedade civil organizada, principalmente com destaque ao Movimento de Reforma Sanitária – teve-se aprovada a Lei n. 8.080/90,¹¹ conhecida como Lei Orgânica de Saúde, que estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS,¹² reforçando a universalidade do serviço prestado. A constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve estar de acordo com os princípios

⁹ Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

¹⁰ Sandra Regina Martini e Martín Marks Szinvelski, “O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a 2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação”, em: Sandra Regina Martini (coord.), Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 24.

¹¹ Brasil, “Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990”, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

¹² Destaca-se que o Sistema Único de Saúde pode ser caracterizado como uma garantia institucional fundamental, sujeitando-se, por conseguinte, à proteção estabelecida às normas jusfundamentais, inclusive referentes à inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, e está resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral. Isto faz afirmar que, se surgirem eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo, formal e substancialmente, até mesmo quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser consideradas inconstitucionais, visto que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, tanto na condição de instituição pública quanto pelo fato de ser salvaguardado pela tutela protetiva. Mariana Filchitiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_colateanea_TAnia_10_04_09.pdf.

e diretrizes pelos quais o SUS foi constituído, estando eles presentes principalmente no artigo 198¹³ a 200 da Constituição Federal, com destaque à unidade, à descentralização, à regionalização, à hierarquização, à integralidade e à participação da comunidade,¹⁴ princípios esses que são acrescentados pelos princípios da subsidiariedade e da municipalização, buscando atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas públicas em geral, conforme o artigo 17¹⁵ da referida lei.¹⁶

Com o SUS, o acesso à assistência médico-hospitalar, que antes era limitado aos trabalhadores com vínculo formal, segurados pela Previdência Social, como mencionado anteriormente, passa a ser de caráter universal, sem nenhuma exigência prévia, inclusive frente à renda da pessoa que venha a utilizar o serviço. Atualmente, mais ainda, percebe-se essa municipalização do SUS com os chamados “Cartões do SUS”, os quais identificam a pessoa como pertencente a determinado Município, que é onde ela receberá o atendimento.

Além disso, o SUS não desenvolve somente a assistência à saúde: é de sua atribuição a vigilância sanitária, a vacinação, o controle de alimentos, entre outras ações. Nessa dimensão, toda a população brasileira é contemplada pelo Sistema e se utiliza de seus serviços, mesmo as pessoas que, na assistência, preferem recorrer a instituições e profissionais particulares.¹⁷

¹³ Artigo 198, caput, e seus incisos I, II e III, da Constituição Federal: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”. Brasil, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

¹⁴ Mariana Filchtner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 12. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf.

¹⁵ Nesse sentido, a lei 8.080/90, em seu artigo 17, caput e inciso I, diz: “Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: I – promover a descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde”. BRASIL, “Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

¹⁶ Luís Roberto Barroso, *op. cit.*.

¹⁷ Maria Rizeide Negreiros Araújo e Márcia Araújo Sabino de Freitas, “As redes de atenção à saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios”, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dossiê Especial: Políticas públicas e o direito a saúde no Brasil, Brasília, núm. 3, dezembro de 2018, p. 18. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/245>.

No entanto, o SUS ainda é muito jovem e carece de desenvolvimento. A Lei n. 8.080/90, que trata das ações e serviços de saúde no país, como abarcado, demorou mais de 20 anos para ser regulamentada pelo Decreto n. 7.508/11. Ademais, a Lei Complementar n. 141, de 2012, veio, com atraso de mais de duas décadas, normatizar a Emenda Constitucional n. 29/00, determinando valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos em ações e serviços públicos de saúde e fixando critérios de rateio dos recursos da União destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.¹⁸

Ainda, não é novidade que o maior e histórico problema do SUS se relaciona ao seu subfinanciamento, estando cada vez mais precário diante da atual conjuntura político-econômica. O aumento da precariedade do financiamento ocorre logo no momento da própria construção da rede do sistema, em que, frente à estruturação recente, demandava maiores investimentos nos seus primeiros anos.¹⁹

Grande fator de impacto no orçamento à saúde é representado pela Emenda Constitucional n. 86/2015, que fez com que houvesse um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde – de R\$ 11,7 bilhões em relação a 2014 e de R\$ 2,5 bilhões em relação a 2015 –, o que vai contra o dever de implementação progressiva dos direitos no nível máximo de recursos disponíveis, conforme o artigo 2º, item 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado pelo Decreto n. 591/1992. Vai ainda contra a obrigação de adotar medidas até o máximo da disponibilidade orçamentária, inscrita no artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto n. 3.321/1999.²⁰

Acrescenta-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por intermédio da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, proclamou, no seu artigo XI, a proteção e a promoção do direito à saúde por meio de medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos.²¹

Direito à preservação da saúde e ao bem-estar. Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade.

¹⁸ Maria Rzoneide Negreiros Araújo e Márcia Araújo Sabino de Freitas, *op .cit.* p. 17.

¹⁹ Maria Rzoneide Negreiros Araújo e Márcia Araújo Sabino de Freitas, *idem.*

²⁰ Sueli Gandolfi Dallari, “Algumas batalhas estão sendo perdidas. Perdemos a guerra?”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, núm. 2, julho a outubro de 2017, p. 11. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/142008/137251>.

²¹ Organização dos Estados Americanos, “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b. Declaracao_Americana.htm.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 o único instrumento a trazer a proteção dos direitos sociais foi o artigo 26, que faz referência ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo esse o artigo que fundamenta a proteção do direito à saúde:

CAPÍTULO III. DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS.

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.²²

Ademais, o primeiro caso no universo interamericano a apresentar a discussão sobre o direito à saúde foi de Ximenes Lopes vs. Brasil de 2006,²³ em que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana por maus tratos em instituição hospitalar, ocasionando a morte de um paciente em tratamento por saúde mental. O caso desaguou em diversas políticas públicas que trouxeram avanços significativos para o tratamento de pacientes na área da saúde mental, o aprimoramento das instituições de acolhimento e o aperfeiçoamento dos profissionais da saúde no trato da relação com os pacientes.²⁴ Nesse caso, houve a proteção do direito à saúde de forma indireta, através do direito à vida e à integridade pessoal, em particular das pessoas que sofrem de problemas psiquiátricos.

Destaca-se que até 2018, tendo-se como marco o caso Poblete Vilches e outros vs. Chile,²⁵ a Corte Interamericana protegeia o direito à saúde através de uma interpretação mais ampla da Convenção Americana à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, ou seja: em face de um direito civil ou político, que indiretamente repercutia na tutela do direito à saúde. Com o referido caso chileno, pelo artigo 26 da

²² Convenção Americana de Direitos Humanos, “Pacto de São José da Costa Rica”, 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil”, Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.

²⁴ Laurence Burgogue-Larsen, “La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em: Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, pp. 592-593.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile”, Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.

Convenção Americana o direito à saúde recebe proteção como direito autônomo no âmbito da Corte Interamericana, o que demonstra um avanço na sua jurisprudência.

Tal caso, sublinha-se, se trata de uma demanda relacionada ao falecimento de Vinicio Antonio Poblete Vilches, idoso, após duas entradas em um hospital público no Chile. Na sentença, a Corte Interamericana declarou a responsabilidade internacional do Estado por não garantir ao idoso o direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários básicos e urgentes, em atenção à sua situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa e pelos sofrimentos decorrentes da falta de atendimento do paciente.²⁶

Uma vez compreendidos alguns aspectos essenciais do desenho normativo do direito à saúde e de sua operacionalização pelo SUS, prossegue-se ao tema da judicialização da saúde, problemática atual e desafio aos três Poderes Estatais.

2. Os caminhos do direito fundamental social à saúde no Brasil: da programaticidade à judicialização

A interferência do Poder Judiciário na saúde teve início na década de 90, pois, se de um lado a Constituição Federal garantia o direito à saúde como um direito fundamental com a criação do SUS, do outro existia (existe) pouco investimento na área da saúde, associado ao escasso controle desse investimento e dos repasses e aplicações dos recursos. Desse modo, as dificuldades de efetivação do direito à saúde por meio da plena disponibilização dos serviços necessários ao bom funcionamento do SUS e da garantia de oferta das diversas prestações na área de saúde, refletiram-se no incremento de ações judiciais, cujo principal objeto se centrou, de início, na pretensão ao fornecimento de medicamentos.²⁷

Observa-se que o novo modelo de assistência à saúde, introduzido pelo Constituinte de 88, permitiu a invocação da universalidade e integralidade como argumentos hábeis a possibilitar o pleito de prestações materiais negadas, omitidas ou ineficazes, pela via administrativa.²⁸

Nessa perspectiva inicial, atualmente os dados da judicialização da saúde aumentam a cada ano. Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2011

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Relatório Anual de 2018”, p. 51. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr>.

²⁷ Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 29. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf.

²⁸ Otávio Balestra Neto, “A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 1, março a junho de 2015, p. 95. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>.

tramitavam no Judiciário 240.980 processos judiciais na área da saúde. Em 2016 foram recebidos, apenas pela primeira instância, 87.505 casos novos envolvendo o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médico-hospitalares.²⁹

O Relatório Justiça em Números de 2017 indicou, no assunto “serviço/saúde”, que as demandas judiciais envolvendo diversos assuntos voltados à saúde corresponderam a um total de 1.346.931 ações em todas as instâncias.³⁰ Já, em sua edição de 2018 esse número atingiu a marca de 1.778.269³¹ ações, ou seja; um aumento de 32,02% no número de ações relacionadas à saúde do ano anterior.³²

Destaca-se que o fenômeno da judicialização da saúde se iniciou com os doentes de HIV/AIDS (Síndrome Deficiência Imunológica Adquirida), que foram os primeiros e os principais demandantes em busca de medicamentos a ingressarem com ações judiciais, pela necessidade e custo. Depois de resultados positivos, em que o Poder Judiciário se mostrou efetivo na questão de busca por melhorias no âmbito da saúde, as demandas só aumentaram.³³

O *leading case* sobre a matéria foi o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, que reconheceu o dever do Estado de oferecer o tratamento aos pacientes aidéticos. O acórdão³⁴ afirmou o caráter fundamental do

²⁹ Conselho Nacional de Justiça, “Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde”, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>.

³⁰ Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números”, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

³¹ O estudo contempla todas as demandas sobre a judicialização da saúde (de natureza cível, não criminal), considera os processos em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização. Pela sistemática do Relatório não é incomum o cadastramento de mais de um assunto em relação ao mesmo processo. Neste caso, todos são contabilizados.

³² Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números”, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

³³ Ricardo Lobo Torres, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, em: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Orgs.), Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 70.

³⁴ Acórdão do Recurso Extraordinário 271.286: “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de

direito à saúde como prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade de pessoas pela Constituição Federal como consequência indissociável do direito à vida, o que veio a fortalecer, por sua vez, a posição no sentido da admissão da aplicabilidade imediata e direta das normas constitucionais que positivaram o direito à saúde, conforme o artigo 6º e 196 da Constituição Federal – em cunho “garantista”, fortemente comprometido com a concretização do dever de proteção à saúde atribuída ao Estado, e não mais em seu caráter programático, o que reforça a temática desse artigo, no sentido de “o direito à saúde, da programaticidade à judicialização”.

Com o tempo, a noção do direito à saúde como prestação do Estado tomou uma abrangência ainda maior, em que não só os doentes com HIV/AIDS eram beneficiados com medicamentos e tratamentos: os demais cidadãos na busca de próteses, tratamentos no exterior e de alto custo, prestação de fraldas e cirurgias, entre tantos outros pedidos, demandaram frente ao Poder Judiciário no intuito de ter seu direito fundamental garantido.

Outrossim, pode-se traçar três diferentes fases da judicialização da saúde no Brasil: a primeira delas se inicia em meados da década de 1990, quando se instituiu a prevalência das teses da Fazenda Pública, visando à impossibilidade de atendimento estatal das demandas relacionadas à saúde,³⁵ tendo-se em vista o seu caráter programático. No início dos ajuizamentos de tais demandas a jurisprudência se

sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”. Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Recurso Extraordinário 271.286”, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

³⁵ Otávio Balestra Neto, “A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à saúde: evolução rumo à racionalidade”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm.1, março a junho de 2015, p. 94. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Como exemplo, o Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996, que analisou o fornecimento de medicamentos pelo SUS, a impetrante, menor, que sofria de doença rara — síndrome de hipoventilação alveolar central — que na época tinha um custo médio de 50 mil dólares, e teve seu pedido negado. O relator do caso, Ministro Demócrito Reinaldo, atribuiu a negação ao fato de as normas garantidoras do direito à saúde na

orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde.

A segunda fase se denota a partir de uma série de sentenças proferidas no início dos anos 2000, em que o Superior Tribunal de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, passaram a ressaltar, aprioristicamente, o dever de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e o caráter fundamental do direito à saúde, havendo como pressuposto o mínimo existencial para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias. Nessa fase o confronto era entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sem maiores considerações sobre as especificidades do pedido.³⁶ Essa segunda fase é aquela na qual se encontram as decisões favoráveis aos pedidos de tratamento de pacientes aidéticos, conforme mencionado anteriormente no presente trabalho.

A terceira fase, por sua vez, se inicia com o decorrer dos anos 2000, em que os Tribunais Superiores eventualmente passam a negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, dando mais atenção às questões próprias das ações — medicamentos fora das listas nacionais, sem registro na ANVISA e de alto custo. Com isso, chega-se à conclusão de que esta terceira fase gerou ao menos três eventos importantes para a judicialização da saúde, quais sejam: (I) a realização da Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal, em 2009; (II) o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, em 2010; e (III) a edição da Lei n. 12.401/2011, já antes assinalada.³⁷

Quanto ao primeiro desses eventos, em 2009, a Audiência Pública da Saúde foi convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que ouviu cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde e gestores e usuários do SUS, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.³⁸

Apesar da particularidade de não estar associada diretamente a nenhuma ação do controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), em que a legislação prevê, expressamente, a possibilidade da realização de audiências públicas (isso na Lei 9.868/99 e na Lei 9.882/99), a Audiência Pública da Saúde foi convocada por ser considerada estratégica e fundamental para o julgamento de uma série de ações em tramitação no Supremo Tribunal Federal,

Constituição Federal possuírem caráter programático, necessitando, para sua dispensação, a criação de regulamentação pelo legislador ordinário.

³⁶ Otávio Balestra Neto, *idem*.

³⁷ Otávio Balestra Neto, *idem*, p. 95. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>.

³⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Audiência pública da judicialização do direito à saúde”, Ministro Gilmar Mendes, Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

todas questionando o dever do Estado na criação de vagas em Unidades de Terapia Intensiva e em hospitais, no fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos, especialmente nos casos em que um único tratamento implicar montantes elevados, além de em situações em que o tratamento necessário não estiver previsto nos Protocolos do SUS.

A Audiência Pública da Saúde embasou a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, da Suspensão de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, e da Suspensão de Liminar 47, e ganhou destaque, pois acarretou uma mudança de postura do próprio Supremo Tribunal Federal quanto às ações envolvendo o direito à saúde, no sentido de compreendê-lo como direito subjetivo público, cabendo ao Estado o dever de protegê-lo. As respectivas ações foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17 de março de 2010, impondo-se ao Poder Público “custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a Justiça agir quando o poder público deixar de formular políticas públicas ou deixar de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição”.³⁹

O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, buscou, ainda, em sua decisão, fixar alguns critérios e parâmetros a serem observados pelos Tribunais no julgamento de causas que envolvam a prestação do direito à saúde. O primeiro deles diz respeito à existência ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nesse entendimento, existindo a política formulada pelo SUS, o Poder Judiciário, por sua vez, não estaria criando políticas públicas, mas determinando o seu cumprimento. Caso contrário, ou seja, que a prestação de saúde pleiteada não esteja entre as políticas públicas do SUS, deve-se distinguir se a não prestação decorre de: 1. Uma omissão legislativa ou administrativa; 2. Uma decisão administrativa de fornecê-la; ou 3. Uma vedação legal à sua dispensação, ou seja: é vedado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, situação em que a não-concessão do medicamento se impõe. No que fica entendido que, por sua vez, medicamento vedado pela ANVISA não deveria ser deferido; porém, o Ministro, linhas abaixo, deixa claro que não se trata de regra absoluta, podendo-se permitir a importação de medicamentos não autorizados pela ANVISA.⁴⁰

O segundo critério, por seu turno, é condizente à existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Desse critério decorrem

³⁹ Cumpre afirmar que antes da audiência pública e da decisão na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido sobre matéria atinente ao direito à saúde, como exemplo no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, como acima mencionado, e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 255.627/RS, em que houve a alegação de hipossuficiência. Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Recurso Extraordinário 271.286”, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 set. de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.jus>.

⁴⁰ Brasil, 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, 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

duas hipóteses distintas: a primeira delas condiz ao fato de que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente; e a segunda, que o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Nesse sentido, ficou resolvido que das duas opções prevaleça à primeira; todavia, novamente, o Ministro Relator aponta para a exceção de que o Poder Judiciário ou a própria Administração poderão decidir por medida diferente da custeada pelo SUS, a qual deverá ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz ao seu caso.⁴¹

Já o terceiro e último critério corresponde à alegação de inexistência de tratamento, situação em que se faz preciso distinguir dentre os tratamentos experimentais (sem comprovação específica de sua eficácia) e aqueles tidos como não-testados pelo sistema público, mas que já são disponibilizados pelo setor privado. A questão reside, no primeiro caso, em que a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, quer por ações individuais, quer por ações coletivas, devendo, no entanto, haver instrução processual, com ampla produção de provas.⁴²

Em análise, observa-se que para cada regra foi prevista uma exceção; nessa síntese afirma-se que nas ações envolvendo prestação à saúde, requerida de forma individual ou coletiva, havendo ou não política pública, estando ou não na lista, sendo ou não medicamento aprovado pela ANVISA, faz-se necessária uma significativa produção probatória, de informações técnicas, para se perquirir se tal tratamento é o mais adequado, o que lhes outorga uma complexidade e uma dimensão fática que ultrapassam a alçada do direito.

Prosseguindo: em síntese, além dos critérios mencionados, os principais temas enfrentados na decisão foram: o direito à saúde como direito fundamental social; o direito à saúde como prestação positiva que recai sobre o Estado; a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde; a necessidade de compatibilização do mínimo existencial e da reserva do possível; a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais; a inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais; a dimensão do problema da judicialização da saúde, que envolve não só os operadores jurídicos, mas gestores públicos, profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo; a temática da violação da separação dos Poderes; a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas; e o efeito multiplicador da decisão.⁴³

Fato de grande discussão, também, se refere à questão de o Supremo Tribunal Federal não restringir a judicialização da saúde à dimensão coletiva, afirmando

⁴¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *idem*.

⁴² Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ibid*.

⁴³ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ibid*.

que, em sendo o direito da saúde um direito subjetivo público, a sua dimensão individual⁴⁴ também deve ser assegurada. Essa é uma grande crítica no que concerne à judicialização da saúde, ou seja: a grande incidência de demandas individuais. Barroso⁴⁵ afirma que essa atuação põe em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, tanto porque desorganiza a atividade administrativa quanto porque impede a alocação racional dos escassos recursos públicos, impedindo que políticas públicas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Seria o caso de o excesso de judicialização comprometer a realização prática da Constituição Federal, pois, em muitos casos, estar-se-ia concedendo privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas públicas universais. O resultado seria a realização de uma microjustiça, e não de uma macrojustiça. Preocupado em resolver os casos concretos, o juiz não pode se esquecer da existência de recursos escassos, limitados, para demandas ilimitadas.⁴⁶

O Ministro Gilmar Mendes, na decisão acima comentada, enfrenta, por sua vez, a questão da microjustiça, afirmando que o Supremo Tribunal Federal estaria vocacionado para a apreciação de casos concretos – a microjustiça – apontando que os defensores da atuação do Poder Judiciário afirmam que, frente à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, matérias como o direito à saúde não poderiam deixar de ser objeto de apreciação judicial.

⁴⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *ibid*. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, Relator da AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.

⁴⁵ Luís Roberto Barroso, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, em: E-GOV, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>.

⁴⁶ Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 20-21. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Porém, essa não é a posição de toda a doutrina sobre o assunto, Mariana Filchtiner Figueiredo e Ingo Wolfgang Sarlet afirmam que não se pode deixar de lembrar que o direito à saúde é, antes de tudo e também, um direito de cada pessoa, ao estar intimamente conexo à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano. Dessa forma, a tutela individual não poderá ser desconsiderada.

Nota-se que, apesar de todos os argumentos apresentados, a judicialização da saúde se resume, todavia, principalmente ao problema do orçamento público, pois as ações, conseqüentemente, irão dispende grande quantia de dinheiro, desorganizando o orçamento pré-estabelecido.

A discussão acerca da judicialização da saúde frequentemente remete ao Poder Judiciário e à sua atuação, sem observar que muitas vezes o ente responsável não possui os fármacos contidos na lista de medicamentos, ou que essa mesma lista não é devidamente atualizada.⁴⁷ Há um considerável aumento de demandas judiciais referentes à saúde; todavia, por outro lado, o poder público também deixa que falte o mínimo e o ordenado por lei para a prestação da saúde à sua população. Nesse sentido, ao final, advoga-se que somente através de um diálogo entre os Poderes e com medidas trabalhadas em conjunto – medidas estas dentro e fora do Poder Judiciário – será possível minimizar os efeitos e as conseqüências da judicialização da saúde.

Reforça-se, assim, a necessidade de diálogo entre os Poderes, a fim de se alcançar uma solução em que todos os entes envolvidos e a própria sociedade estejam comprometidos. Carece-se, pois, de diálogo e de cooperação, na ideia do constitucionalista alemão Peter Häberle,⁴⁸ que apresenta o modelo de “Mesa Redonda” (“*runder Tisch*”), na concepção de reconstrução do diálogo entre os diferentes atores envolvidos na interpretação constitucional, todos estando em uma mesma distância e todos buscando, através de políticas públicas e outras medidas, formas para enfrentar a questão da judicialização da saúde, que se apresenta tão cara quanto a busca pela concretização do direito fundamental à saúde a todos.

Considerações finais

O direito à saúde passou a integrar os direitos fundamentais, de cunho social, a partir da Constituição Federal de 1988, que também instituiu o Sistema Único de Saúde, de caráter universal, igualmente compreendido como uma garantia fundamental. Um dos desafios em matéria de direito à saúde reside, por sua vez, na garantia e eficácia desse sistema, previsto como um dever do Estado e como direito de todos, em face de um orçamento cada vez mais restritivo.

A judicialização da saúde, que se inicia de forma tímida, com a busca de tratamento por aidéticos, alcança uma preocupação e dimensão que reforça a concepção de uma garantia fundamental de cunho não programático. Todavia, frente às

⁴⁷ Sandra Regina Martini, “Sistema da saúde e transformação social”, em Sandra Regina Martini (coord.), Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, p.25. No ano de 2010, no Estado do Rio Grande do Sul, cerca dos 47% dos remédios utilizados estavam fora da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME).

⁴⁸ Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2, Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, p. 85.

demandas coletivas e individuais de distintas naturezas – que vão de medicamentos e tratamentos previstos nas listas do SUS a pedidos de tratamento de alto custo no exterior e de medicamentos experimentais não aprovados pela ANVISA – e que só aumentam, afirma-se que a judicialização da saúde possui complexidade e consequências que nem o Poder Judiciário, o Legislativo ou o Executivo, nem a sociedade e o SUS, conseguirão resolver ou conter sozinhos. É preciso que se implemente entre os diferentes atores envolvidos uma perspectiva de diálogo e de cooperação voltada a uma racionalização e otimização do SUS – aí incluídas as demandas judiciais.

Reforça-se, assim, a necessidade de diálogo entre os Poderes, a fim de se alcançar uma solução em que todos os entes envolvidos e a própria sociedade sejam atores e com a qual estejam comprometidos: todos buscando formas para enfrentar a judicialização da saúde, que, no Brasil, tem se apresentado tão cara quanto a busca pela concretização do direito fundamental à saúde a todos.

Referências

- ARAÚJO, Maria Rizioneide Negreiros e Márcia Araújo Sabino DE FREITAS, “As redes de Atenção à Saúde nos 30 anos do Sistema Único de Saúde: histórias, propostas e desafios”, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito a Saúde no Brasil, Brasília, núm. 3, dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/view/245>
- BALESTRA NETO, Otávio, “A jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à saúde: evolução rumo à racionalidade”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm.1, março a junho de 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>
- BARROSO, Luís Roberto, “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, em: E-GOV, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>.
- BRASIL, “Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990”, Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.
- _____, “Portaria 2.203”, de 05 de novembro de 1996, Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde – NOB-SUS 01/96. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html.
- _____, Constituição (1988), “Constituição da República Federativa do Brasil”, Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

- _____, Supremo Tribunal Federal, “Audiência pública da judicialização do direito à saúde, Ministro Gilmar Mendes”, Brasília, 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- _____, “Recurso Extraordinário 271.286”, Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- _____, “Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278, Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355, e Suspensão de Liminar 47”, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Brasília, 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.
- _____, Superior Tribunal de Justiça, “Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS”, Relator Min. Demócrito Reinaldo, Brasília, 23 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em: Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, “Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde”, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>.
- _____, “Fórum de saúde”, 2011 e 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.
- _____, “Justiça em números”, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>.
- _____, “Justiça em números”, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.
- _____, “Justiça em números”, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, “Pacto de São José da Costa Rica”, 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.
- _____, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.
- _____, “Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile”, Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.
- _____, “Relatório Anual de 2018”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>.
- DALLARI, Sueli Gandolfi, “A construção do direito à saúde no Brasil”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 3, novembro de 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>.
- _____, “Algumas batalhas estão sendo perdidas. Perdemos a guerra?”, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, núm. 2, julho a outubro de 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/142008/137251>.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e Ingo Wolfgang SARLET, “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível

- em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anelxo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf.
- HÄBERLE, Peter, *Verfassungslehre als Kutturwissenschaft*, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm.
- MARTINI, Sandra Regina Martini e Mártn Marks SZINVELSKI, “O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a 2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação”, em: Sandra Regina MARTINI (coord.), *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.
- _____, “Sistema da saúde e transformação social”, em: Sandra Regina MARTINI (coord.), *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa, *Caminhos do direito a saúde no Brasil*, Brasília, Editora do Ministério da Saúde, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo, “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”, em: Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (orgs.), *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

Silvia Serrano Guzmán* (Colombia)

El principio de igualdad y no discriminación: concepciones, tipos de casos y metodologías de análisis a la luz de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RESUMEN

El artículo aborda el principio de igualdad y no discriminación a partir de una serie de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sistematizando los pronunciamientos más relevantes en la materia en dos grandes grupos que responden a las concepciones de dicho principio. Por una parte, como prohibición de trato diferente injustificado y, por otra, como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas. Esta sistematización está enfocada en distinguir conceptualmente los tipos y subtipos de casos contenciosos en la materia, así como en las obligaciones estatales y en los debates de interpretación, probatorios y metodológicos en cada uno de ellos. Con esta finalidad, en el primer grupo comentan sobre tres tipos de casos: i) diferencias de trato sin referencia a categorías problemáticas o sospechosas; ii) diferencias de trato con presencia de categorías problemáticas o sospechosas; y iii) discriminación negada o encubierta. En el segundo grupo se mencionan otros tres posibles tipos de casos: i) los que reflejan riesgo diferenciado de violaciones de derechos humanos; ii) los que reflejan impactos diferenciados o desproporcionados de acciones en apariencia neutrales; y iii) los relacionados con las medidas de acción afirmativa.

* Abogada, egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Colombia; máster en Derecho Internacional, Universidad de Georgetown; máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Actualmente se desempeña como directora adjunta de Iniciativa del O'Neill Institute for National and Global Health Law de la Universidad de Georgetown. Anteriormente se desempeñó como coordinadora de la Sección de Casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El presente artículo corresponde a las opiniones de la autora a título personal y no comprometen las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni las de su Secretaría Ejecutiva. sjsg28@gmail.com

Palabras clave: igualdad y no discriminación, concepciones, tipos de casos, debates de interpretación y probatorios.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich anhand mehrerer Urteile des Interamerikanischer Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) mit dem Gleichheits- und Nicht-Diskriminierungsgrundsatz und unterteilt die wichtigsten Urteile auf diesem Gebiet nach den konzeptionellen Fassungen dieses Grundsatzes in zwei Hauptgruppen: zum einen, als Verbot der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, und zum anderen, als Gebot zur Umsetzung differenzierter Maßnahmen. Mit dieser Systematisierung ist eine konzeptionelle Unterscheidung der Streitfälle auf diesem Gebiet nach Typen und Untertypen ebenso beabsichtigt wie die Unterscheidung nach staatlichen Verpflichtungen und entsprechend den Debatten zur typenspezifischen Auslegung, Beweiswürdigung und Methode. Mit dieser Absicht werden in der ersten Gruppe drei Falltypen kommentiert: i) unterschiedliche Behandlung ohne Bezug auf problematische oder verdächtige Kategorien; ii) unterschiedliche Behandlung bei Vorliegen problematischer oder verdächtiger Kategorien; und iii) geleugnete oder verdeckte Diskriminierung. In der zweiten Gruppe werden drei weitere Falltypen unterschieden: i) Fälle, die ein differenziertes Risiko von Menschenrechtsverletzungen widerspiegeln; ii) Fälle, die differenzierte oder unverhältnismäßige Auswirkungen scheinbar neutraler Handlungen widerspiegeln; und iii) Fälle im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen.

Schlagwörter: Gleichheit und Nicht-Diskriminierung, Konzeptionen, Falltypen, Auslegung und Beweiswürdigung.

ABSTRACT

This article addresses the principle of equality and non-discrimination based on a series of decisions issued by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), systematizing the most relevant pronouncements in two large groups corresponding to the conceptions of this principle – on the one hand, as a prohibition against unjustified different treatment and, on the other, as a prohibition of neutrality and a mandate of differentiated measures. This systematization is focused on a conceptually distinguishing the types and subtypes of relevant cases, as well as on state obligations and the interpretive, evidentiary and methodological debates in each one. For this purpose, three types of cases in the first group are discussed: i) differences in treatment without reference to problematic or suspicious categories; ii) differences in treatment with the presence of problematic or suspicious categories; and iii) denied or covert discrimination. Three other possible types of cases are discussed with regard to the second group: i) those that reflect differentiated risks of human rights violations; ii) those that reflect differentiated or disproportionate impacts of apparently neutral actions; and iii) those related to affirmative action measures.

Key words: Equality and non-discrimination, conceptions, types of cases, interpretative and evidentiary debates.

Introducción

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra presente como eje central de los tratados internacionales (TI) de derechos humanos.

En los TI generales de derechos humanos¹ se identifican al menos dos tipos de disposiciones relativas al principio de igualdad y no discriminación: i) mandatos generales de igualdad de trato o igualdad ante la ley; y ii) cláusulas específicas de no discriminación con invocación de ciertas categorías problemáticas.² En algunos de estos tratados también se encuentran otras disposiciones que de manera complementaria incluyen un mandato de igualdad respecto de determinados derechos.³ De otro lado, se encuentran otros TI de derechos humanos más específicos que, o bien abordan ciertas violaciones de derechos humanos a las que subyace de manera inherente el principio de igualdad y no discriminación,⁴ o bien tienen como objeto la regulación de los derechos de grupos específicos y las obligaciones de los Estados respecto de los mismos.⁵

¹ Como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).

² Por ejemplo, en el caso de la CADH, el artículo 24 establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Por su parte, su artículo 1.1 indica: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos 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”. En el caso del PIDCP, el artículo 26 incluye ambos tipos de norma, así: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³ Por ejemplo, en el caso de la CADH, los incisos 4 y 5 del artículo 17 relativo al derecho a la familia, establecen, respectivamente, un mandato de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco del matrimonio y en caso de disolución, así como de igual reconocimiento de derechos de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. El mismo instrumento, en el literal c) del inciso 1 del artículo 23, establece el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

⁴ Como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

⁵ En el ámbito universal, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención

Este artículo se divide en dos secciones que abordan las dos formas de entender o las dos concepciones de dicho principio que han sido denominadas por la doctrina y la jurisprudencia de múltiples maneras y que, para efectos de este artículo, se distinguen de la siguiente manera en alusión a las obligaciones que cada una impone: 1) la igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado; y 2) la igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas.⁶

Como se verá, los conceptos y debates de interpretación y probatorios en casos contenciosos, así como las metodologías para resolverlos respecto de cada una de estas dos grandes concepciones, aunque diferentes, se encuentran relacionados entre sí y, en muchas ocasiones, se pueden traslapar e incluso superponer. La finalidad central del presente artículo es delinear y formular algunas reflexiones sobre tales conceptos y debates, desde un entendimiento que asume el carácter complementario de ambas concepciones del principio de igualdad y no discriminación.

Lo anterior se realiza a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), aunque, a modo de complemento, en algunas secciones se citan pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órganos de tratados de las Naciones Unidas y algunos desarrollos en el derecho constitucional comparado.

Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el ámbito interamericano, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o “Convención de Belém do Pará”; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Otro ejemplo lo constituye el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales.

También existen declaraciones, principios u otras normas de derecho blando que la comunidad internacional ha desarrollado respecto de los derechos de ciertos grupos desde esta perspectiva asimétrica. Solo a título de ejemplo, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, en su preámbulo se refieren a la situación histórica de violación de derechos humanos contra personas por ser “lesbianas, homosexuales o bisexuales o se les percibe como tales, debido a su conducta sexual de mutuo acuerdo con personas de su mismo sexo o porque son transexuales, transgénero o intersex o se les percibe como tales, o pertenecen a grupos sociales que en algunas sociedades se de nen por su orientación sexual o identidad de género”.

⁶ Aunque estas dos grandes concepciones ya se encontraban presentes implícitamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Caso *Furlan y familiares vs. Argentina* fueron explícitamente referidas así: “una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados” (Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246, párr. 267).

1. Igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado

1.1. Generalidades

Esta es la caracterización de la dimensión más clásica e individual del principio de igualdad y no discriminación: la idea conforme a la cual todas las personas son iguales y, por tanto, tienen los mismos derechos y obligaciones, y deben ser tratadas de manera igualitaria por la ley en situaciones asimilables.

Desde su temprana jurisprudencia, la Corte IDH, replicando cierto lenguaje del TEDH, se refirió a esta dimensión de la siguiente manera:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁷

Bajo esta dimensión del principio de igualdad y no discriminación, los Estados tienen obligaciones de naturaleza negativa puesto que deben abstenerse de efectuar diferencias de trato salvo que exista justificación objetiva y razonable. En este tipo de casos, el primer paso de análisis consiste en determinar si efectivamente se configuró una diferencia de trato. Una vez establecido lo anterior, en el sistema interamericano

⁷ Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párrs. 55 y 56. En el párrafo 56 hace referencia a Eur. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34.

se ha utilizado un juicio de proporcionalidad para evaluar la convencionalidad de dicha diferencia de trato.⁸

Sin perjuicio de algunas valoraciones que se realizan más adelante sobre el análisis más adecuado en casos de discriminación encubierta o indirecta, para los casos más clásicos de igualdad, frente a diferencias de trato aceptadas por los Estados y respecto de las cuales ofrecen una justificación, el juicio de proporcionalidad ha sido una herramienta útil para evaluar dicha justificación con un grado relevante de racionalidad. Esto, tomando en cuenta que las nociones de “objetivo” y “razonable” revisten significativa vaguedad e indeterminación, lo que hace deseable evitar un margen demasiado amplio de discrecionalidad en el momento de resolver casos de esta naturaleza.

Este juicio de proporcionalidad presenta algunas diferencias metodológicas en sus pasos y secuencia de aplicación, por ejemplo, entre la Corte IDH y el TEDH. Sin embargo, un análisis profundo de tales diferencias excede el objetivo del presente artículo. En la actualidad, es posible afirmar que la Corte IDH ha logrado un nivel importante de consistencia en el uso del juicio de proporcionalidad, lo que implica la evaluación escalonada de: i) la finalidad invocada por el Estado y su legitimidad; ii) la relación de idoneidad o de medio a fin entre la diferencia de trato y dicha finalidad; iii) la relación de necesidad o la inexistencia de medios menos lesivos e igualmente idóneos; y iv) la relación de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación de si el grado de logro de la finalidad legítima se encuentra justificada por el grado de afectación generada por la diferencia de trato.⁹

Como se verá, el juicio de proporcionalidad puede ser aplicado con distintos niveles de intensidad, de manera más o menos estricta, atendiendo a las circunstancias de los casos concretos a los que, en materia de igualdad y no discriminación, está fundamentalmente vinculado el hecho de si la diferencia de trato estuvo relacionada o no con alguna categoría problemática.

1.2. Diferencias de trato sin referencia a categorías problemáticas o sospechosas

En este punto se hace referencia a las situaciones en las cuales se alega una diferencia de trato, pero sin información que indique que en esta estuvo presente alguna de las categorías específicas que expondremos más adelante y que se invocan de

⁸ También y esencialmente aplicado en el derecho constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos en casos de restricciones al ejercicio de los derechos.

⁹ Para un estudio doctrinario profundo y detallado sobre este juicio de proporcionalidad, véase Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Para un estudio desde una perspectiva más pragmática, véase Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012.

manera similar en las cláusulas de no discriminación de la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos.

Algunos ejemplos de casos conocidos por la Corte IDH sobre diferencias de trato no asociadas a categorías específicas presentes en las cláusulas de no discriminación son los casos *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*; y *Reverón Trujillo vs. Venezuela*.

En el primero, la Corte IDH se pronunció sobre una diferencia de trato en cuanto a la garantía de motivación, en el marco de un proceso administrativo de determinación de derechos creado en el contexto de la quiebra de un banco. En tal oportunidad, acreditada la diferencia de trato, no fue necesario efectuar un juicio de proporcionalidad, dado que el Estado de Uruguay no aportó una justificación de dicha diferencia de trato, a fin de que su objetividad y razonabilidad pudieran ser evaluadas.¹⁰

En el segundo, la Corte IDH analizó una diferencia de trato entre una jueza provisoria y jueces titulares, en cuanto a la posibilidad de ser reincorporada a su cargo como resultado de un recurso de nulidad que estableció la arbitrariedad de su destitución. La Corte IDH analizó la justificación ofrecida por el Estado de Venezuela en cuanto a la existencia de un proceso de reestructuración del Poder Judicial que justificaba mantener a jueces y juezas en situación de provisionalidad sin garantías de estabilidad lo que, a su vez, les impedía la reincorporación en el cargo en caso de cese arbitrario, incluso declarado judicialmente. Aplicando un juicio de proporcionalidad, la Corte IDH concluyó que la diferencia de trato no estaba justificada, entre otras cuestiones, porque dicho proceso de reestructuración “provoca una afectación muy alta a la independencia judicial”.¹¹

1.3. Diferencias de trato basadas en presencia de categorías problemáticas o sospechosas

En esta sección se abordarán aquellas diferencias de trato en las cuales existe presencia de una o varias de las categorías que en el derecho internacional de los derechos humanos se han considerado especialmente problemáticas y, por tanto, han sido incluidas en las cláusulas de no discriminación de los respectivos tratados. En términos generales, en este tipo de casos, el factor diferenciador es la relación de la persona tratada de manera distinta, con la categoría problemática.¹²

¹⁰ Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, Sentencia de 13 de octubre de 2011, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 234, párr. 183.

¹¹ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 197, párrs. 124-128.

¹² En este artículo se hace referencia de manera indistinta a categorías problemáticas o sospechosas, por considerar que es una terminología adecuada, aunque se reconoce que, tanto a nivel doctrinario como en el desarrollo interpretativo de los tratados internacionales de derechos humanos, se han utilizado diversas denominaciones para referirse a estas categorías.

A título de ejemplo, en el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, la CADH incluye las siguientes categorías en su artículo 1.1: “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Por su parte, el Convenio Europeo, en su artículo 14, invoca las siguientes categorías: “sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. A su vez, el artículo 2 de la Carta Africana incluye las siguientes categorías: “raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro *status*”.

Más adelante se abordará el carácter enunciativo de estos catálogos y la incorporación progresiva de otras categorías. Para efectos de este punto, basta con afirmar que existen ciertas categorías que por diversas razones se han incluido en los instrumentos que consagran derechos fundamentales y que si son utilizadas para efectuar diferencias de trato, estas problemáticas *a priori* generan una alta sospecha y presunción de inconstitucionalidad o inconventionalidad. A continuación, se agrupan los debates y desarrollos principales que se han dado en torno a estas categorías en el marco de casos contenciosos.

1.3.1. *Racionalidad que subyace a las categorías problemáticas o sospechosas*

De una lectura de algunas de las categorías sospechosas incluidas literalmente o incorporadas por vía de interpretación, no es posible establecer un criterio único para su incorporación en las cláusulas de no discriminación. Así, algunas de las categorías están más asociadas a aspectos inherentes a la identidad (como la raza, el origen étnico, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el origen nacional); otras se relacionan más con la autonomía (como la opinión política o la religión); y otras invocan situaciones sociales o personales (como la condición de salud o la posición económica). Además, estas categorías están casi siempre asociadas a grupos históricamente sometidos y excluidos cuando se entiende la categoría desde un punto de vista asimétrico,¹³ así como a grupos habitualmente asociados a estereotipos o prejuicios que son, a su vez, la causa y la consecuencia de la discriminación.¹⁴

¹³ Sobre la cuestión de la simetría/asimetría de las categorías sospechosas véase Roberto Saba, “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

¹⁴ En general, la Corte IDH ha definido los estereotipos como preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. Véase 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, párr. 224. Sobre estereotipo de género, la Corte IDH ha señalado en varios casos que “se refiere a una preconcepción de atributos, conductas

El mandato de trato diferenciado u obligaciones positivas que dicha asimetría impone a los Estados, y las implicaciones en las metodologías de análisis de casos relacionados con diferencias de trato basadas en categorías sospechosas, pero que tienen el propósito de superar situaciones de discriminación estructural y, por tanto, tienen un impacto favorable en el grupo históricamente excluido y sometido, será referida en la segunda sección del presente artículo. En este punto, se trae a colación esta noción de asimetría con la finalidad de poner de relieve las razones que determinan la incorporación de ciertas categorías en las cláusulas de no discriminación.

Procurando identificar tales razones, y en similar sentido a lo indicado anteriormente, la Corte Constitucional colombiana se ha referido a las “categorías sospechosas” como aquellas que:

... (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.¹⁵

En términos muy parecidos se ha referido la Corte IDH a estos criterios en el Caso *I. V. vs. Bolivia* y en su Opinión Consultiva 24, indicando que son los que sustentan su incorporación en la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 1.1 de la CADH “i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales”.¹⁶

o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes” (Corte IDH, Caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 339, párr. 169). Refiriéndose a la orientación sexual, la misma Corte definió el estereotipo como “preconcepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales” (Corte IDH, Caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 111).

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Véase además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH). La Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 24, párr. 66, cita a la Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 240.

El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) se ha referido a que otras categorías resultan asimilables a las expresamente contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) “cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”.¹⁷

Precisamente, consideramos que una adecuada comprensión de las anteriores razones es la que permite la incorporación adecuada y justificada en las cláusulas de no discriminación, de categorías que no están expresamente mencionadas en las mismas, como se pasa a comentar.

1.3.2. *Listados enunciativos de categorías prohibidas o sospechosas*

Del propio texto de las cláusulas de no discriminación se desprende que se trata de listados enunciativos y no taxativos.

Por ejemplo, la CADH hace referencia a “cualquier otra condición social”, mientras que el Convenio Europeo indica “cualquier otra situación” y la Carta Africana menciona “otro *status*”. Pero además del texto, en el derecho internacional de los derechos humanos se les otorga un peso importante a la interpretación evolutiva y al principio *pro personae*, habiendo sido ambos invocados en las fundamentaciones de incorporación de categorías al listado de las cláusulas de no discriminación. En palabras de la Corte IDH y el TEDH, “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.¹⁸

La Corte IDH se ha referido a dicho carácter enunciativo invocando tanto la interpretación evolutiva como el principio *pro personae* de la siguiente manera:

Al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio *pro homine*. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la

¹⁷ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2 del Pidesc), 2 de julio de 2009, párr. 27.

¹⁸ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párr. 114; y TEDH, Caso Tyrer vs. Reino Unido (5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.¹⁹

Este entendimiento resulta coincidente con el del TEDH en su interpretación del artículo 14 del Convenio Europeo²⁰ y el de órganos de tratados del sistema universal,²¹ en el ámbito del sistema interamericano ha llevado a la CIDH y a la Corte IDH a incluir dentro del catálogo del artículo 1.1 de la CADH categorías tales como la orientación sexual y la identidad de género (casos *Atala Riffo e hijas vs. Chile*,²² *Duque vs. Colombia*²³); estado de salud, incluyendo vivir con VIH (casos *JSCH y MGS vs. México*²⁴, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*²⁵); personas con estatus de refugiadas (*Caso I. V. vs. Bolivia*²⁶); y origen étnico (*Caso Norín Catrimán y otros [Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche] vs. Chile*²⁷), por citar algunos ejemplos.

La incorporación de categorías que no están expresamente mencionadas en las cláusulas de no discriminación no solo es importante, sino necesaria, precisamente atendiendo a la necesidad de una interpretación evolutiva frente a cambios sociales o a la visibilización de realidades que estuvieron históricamente invisibilizadas. Sin embargo, es deseable que dicha incorporación esté fundamentada en cada caso, bajo un estándar conforme al cual la nueva categoría resulte asimilable o análoga a otras expresamente incluidas, para lo cual los parámetros citados arriba resultan orientadores.

¹⁹ Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, cit., párr. 70.

²⁰ TEDH, *Caso Kiyutin v. Rusia*, Aplicación 2700/10, Sentencia de fecha 10 de marzo de 2011, párr. 56.

²¹ Véase, por ejemplo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General 20*, cit., párr. 15.

²² CIDH, *Caso 12.502, Karen Atala e hijas vs. Chile*, Demanda ante la Corte IDH, 17 de septiembre de 2010, párr. 95; y Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párrs. 83, 84 y 91. Cabe notar que la CIDH, en su demanda, se refirió únicamente a la orientación sexual, mientras que la Corte IDH en su sentencia incluyó también la identidad de género, lo que fue a su vez reforzado mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 24.

²³ Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 310, párr. 105.

²⁴ CIDH, *Informe 80/15, Caso 12.689, JSCH y MGS, Fondo (Publicación)*, México, 28 de octubre de 2015, párrs. 91-101.

²⁵ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298, párr. 255.

²⁶ Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 329, párr. 240.

²⁷ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros*, cit., párrs. 202 y 206.

Cuando se realiza una incorporación automática de categorías sin una debida fundamentación sobre las razones de la similitud o analogía, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el catálogo, al punto de desnaturalizar el sentido mismo que justifica la identificación de categorías sospechosas. En este sentido, resulta entendible la crítica²⁸ que sobre esta cuestión se le hizo a la Corte IDH tras la emisión de su Opinión Consultiva 18, en la cual incorporó sin motivación una serie de categorías como, por ejemplo, el “patrimonio”, la “convicción” y el “estado civil”.²⁹

Sin embargo, las decisiones más recientes son coincidentes con el criterio de similitud de las nuevas categorías con las explícitamente incluidas,³⁰ ejercicio que se realiza conforme a las pautas orientadoras citadas y con la exigencia de fundamentación al respecto.³¹

1.4. Presencia explícita o implícita de la categoría problemática o sospechosa, vínculo real o percibido con la misma y coexistencia de otros elementos objetivos

En este punto se comentan tres temas importantes para tomar en cuenta cuando se analizan diferencias de trato basadas en categorías problemáticas o sospechosas: i) la presencia explícita o implícita de la categoría; ii) la realidad o percepción de la vinculación de la persona con la categoría; y iii) la coexistencia de otros elementos objetivos.

Sobre el primer tema, un buen ejemplo es el Caso E. B. vs. Francia, conocido por el TEDH. El caso se trata de una solicitud de autorización para adoptar por parte de una persona soltera. La legislación francesa expresamente otorgaba a las personas solteras el derecho a aplicar para obtener dicha autorización a través de un procedimiento específico. En este caso, la solicitud de autorización de la señora E. B. fue rechazada, entre otros elementos, por la “falta de una referente paternal o maternal en el hogar”. El TEDH señaló que esto no resulta problemático en sí mismo, pero que en las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la orientación sexual de la víctima, el uso de dicho criterio sí era cuestionable, porque el efecto del mismo en la práctica

²⁸ Ariel Dulitzky, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2007.

²⁹ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 101.

³⁰ Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párr. 240.

³¹ Cabe aclarar que esta posición no significa que se acepte la discriminación con base en criterios que no cumplan con estos requisitos. Estas diferencias de trato deberán ser analizadas a la luz del estándar de objetividad y razonabilidad ya referido en una sección anterior de este artículo y los Estados siguen obligados a brindar las explicaciones pertinentes para el análisis de proporcionalidad de la diferencia de trato. Sin embargo, no se trataría de categorías sospechosas respecto de las que opere una presunción de inconvencionalidad y un escrutinio estricto, en los términos que se abordarán más adelante.

equivalía a requerir a la señora E. B. establecer la presencia de un referente del sexo opuesto en su círculo familiar y de amigos inmediatos y, con tal requerimiento, correr el riesgo de convertir en inefectivo el derecho legalmente reconocido a personas solteras a solicitar autorización para adoptar. El TEDH afirmó lo siguiente:

El punto es relevante aquí, porque el caso no se relaciona con una solicitud de autorización para adoptar por parte de una pareja –casada o no casada– sino de una persona soltera. En consideración de la Corte, de esta manera el criterio adoptado podría haber llevado a un rechazo arbitrario y haber servido como pretexto para rechazar la solicitud de la peticionaria sobre la base de su homosexualidad.³²

[...]

La Corte considera que la referencia a la homosexualidad de la peticionaria fue, si no explícita, al menos implícita. La influencia de la conocida homosexualidad de la peticionaria en la valoración de su solicitud ya fue establecida y, por lo tanto, fue un factor decisivo que dio lugar a la decisión de rechazarle la autorización para adoptar.³³

En este caso, entonces, aunque el criterio utilizado no hizo referencia explícita a la orientación sexual de la señora E. B., la aplicación de dicho criterio a su situación y contexto específicos dio lugar a que el TEDH concluyera que la categoría problemática o sospechosa estuvo presente, al menos, de manera implícita. Por tanto, el TEDH consideró que, en la práctica, constituyó una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

En consecuencia, analizó la proporcionalidad de dicha diferencia de trato y concluyó que la decisión fue discriminatoria. Para efectos de esta sección, lo relevante es que se consideró que la diferencia de trato tuvo en consideración la orientación sexual de la señora E. B., aunque la misma no hubiese sido invocada de manera expresa en la decisión.

En cuanto al segundo tema, existen casos en los cuales la diferencia de trato se basa en la categoría sospechosa, aun cuando la persona en cuestión no tiene relación con dicha categoría en la realidad, sino que se trata de una percepción. El caso que permite ejemplificar esta situación en el sistema interamericano también se relaciona con la orientación sexual y es el Caso Flor Freire vs. Ecuador, en el cual la víctima fue dada de baja de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, en aplicación del Reglamento de Disciplina Militar que consagraba tal sanción por “actos de homosexualidad”. La diferencia de trato radicó, en esencia, en que los actos sexuales heterosexuales eran sancionados de manera más leve. La Corte IDH consideró que dicha diferencia de

³² TEDH, Caso E. B. v. France, Application 43546/02, Grand Chamber, January 22, 2008, párr. 73 (traducción libre).

³³ *Ibid.*, párr. 89 (traducción libre).

trato en cuanto a la severidad de la sanción aplicable no se encontraba justificada y, por tanto, la consideró discriminatoria.³⁴

El aspecto del caso que es relevante destacar en este punto es que el señor Flor Freire se autoidentifica como heterosexual y negó en todo momento haber incurrido en “actos de homosexualidad”. Esto llevó al siguiente razonamiento de la Corte IDH:

La Corte advierte que la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida. Este Tribunal ya ha señalado que “[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”. La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.³⁵

La noción de “discriminación por percepción” también puede ser relevante en el momento de analizar casos de violaciones de derechos humanos que tienen lugar como consecuencia de la aplicación de perfiles raciales. Así, por ejemplo, en el Caso Personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana, la Corte IDH analizó una serie de detenciones y expulsiones de personas respecto de quienes la actuación estatal se basó en sus características físicas a partir de las cuales operó una identificación como haitianas o de origen o ascendencia haitiana. La Corte IDH señaló que “es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad de las presuntas víctimas por parte de los agentes estatales, indica que fue por perfiles raciales relacionados con su aparente pertenencia al grupo de personas haitianas o dominicanas de origen o ascendencia haitiana”.³⁶ Más adelante, en la misma sentencia, la Corte IDH declaró dicha actuación estatal como discriminatoria, tomando en cuenta que existió una presunción de que “por sus características físicas” las personas debían pertenecer al grupo específico, haitianos o de origen haitiano.³⁷

³⁴ Corte IDH, Caso Flor Freire *vs.* Ecuador, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 315, párr. 140.

³⁵ *Ibid.*, párr. 120.

³⁶ Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas *vs.* República Dominicana, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 282, párr. 368.

³⁷ *Ibid.*, párr. 403.

Estos casos visibilizan situaciones en las cuales una persona o grupo son sometidos a una diferencia de trato discriminatoria basada en una categoría problemática, aun cuando no tenga vínculo real con dicha categoría, sino que se trate de una percepción, sin que por ello la actuación estatal deje de ser violatoria del principio de igualdad y no discriminación.

Y respecto del tercer punto, esto es, la presencia de otros elementos objetivos, se está haciendo referencia a casos en los cuales la diferencia de trato tomó en consideración la categoría sospechosa, pero no se basó en ella de manera exclusiva, sino que pudieron identificarse otros factores objetivos o no necesariamente problemáticos. Para ejemplificar, vuelve a ser útil el Caso E. B. vs. Francia del TEDH. Se indicó arriba que en la decisión que rechazó la autorización para adoptar en calidad de persona soltera, se tomó en cuenta de manera implícita la orientación sexual. Ahora bien, en la misma decisión de rechazo también se tomó en cuenta otro criterio asociado a la actitud de la pareja estable de la señora E. B. frente a la posibilidad de la adopción. El TEDH consideró que este segundo criterio era relevante y objetivo para la decisión sobre el otorgamiento de la autorización. A pesar de ello, hizo referencia a una suerte de “efecto contaminador” en los siguientes términos: “Sin embargo, estos dos criterios hacen parte de una valoración integral de la situación de la solicitante. Por esta razón, la Corte estima que no deberían ser considerados alternativamente sino de manera concurrente. En consecuencia, la ilegitimidad de uno de los criterios tiene el efecto de contaminar la totalidad de la decisión”.³⁸

Similar aproximación tuvo la CIDH en el caso posteriormente denominado por la Corte IDH como Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche), sobre procesos penales por terrorismo contra personas del pueblo indígena mapuche en Chile. En cuanto al componente de discriminación del caso, en los fallos judiciales de condena se incluyeron motivaciones relacionadas con el origen étnico de las personas procesadas. Tras tomar nota de dichas motivaciones, la CIDH reconoció que en otros extractos de estas decisiones se incluyeron motivaciones más objetivas sobre los elementos del tipo penal.³⁹ A pesar de ello, la CIDH indicó:

... no es su labor determinar si en ausencia del elemento de pertenencia étnica, en todo caso correspondía calificar los delitos imputados como terroristas. Correspondía a las autoridades judiciales internas efectuar un análisis objetivo de la situación, con base en la prueba obrante en el expediente sobre los hechos concretos que fueron puestos en su conocimiento y absteniéndose de introducir el elemento étnico para formar su convicción sobre la naturaleza de los delitos.

³⁸ TEDH, Caso E.B v. France, cit., párr. 80 (traducción libre).

³⁹ CIDH, Informe 176/10, Casos 12.576, 12.611 y 12.612, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y otros, Fondo, Chile, 5 de noviembre de 2010, párr. 200.

[...] los diferentes elementos con base en los cuales un juez adopta una decisión conforman en su conjunto la convicción de dicha autoridad para resolver en uno u otro sentido y tales elementos deben considerarse de manera concurrente y no alternativa sin que sea posible identificar si un elemento fue predominante o si por sí solo hubiera podido sustentar la decisión.

En ese orden de ideas, la Comisión considera que en el caso de [...] también se encuentra acreditada la diferencia de trato basada en el origen étnico y/o su vínculo con el pueblo Mapuche, en tanto la consideración de estos elementos tuvo el efecto de contaminar la decisión.⁴⁰

En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte IDH también se refirió tanto a la cuestión de la referencia explícita o implícita de la categoría prohibida o sospechosa, y a circunstancias en las cuales la diferencia de trato no se basó en la misma de manera exclusiva. Indicó:

... el Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión.⁴¹

Este abordaje permite analizar, bajo la lupa del principio de igualdad y no discriminación, casos en los cuales la consideración de una categoría sospechosa está acompañada de otros criterios objetivos o no necesariamente problemáticos.

1.4.1. Discriminación múltiple o interseccional

El último tema que se comenta respecto de las categorías prohibidas o sospechosas tiene que ver con la llamada discriminación múltiple o interseccional. Esta discriminación ocurre cuando en una persona o grupo determinado confluyen dos o más de las referidas categorías. El Comité DESC, en su Observación General No. 20, la definió bajo la denominación de discriminación “múltiple” indicando: “Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo, las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla”.⁴²

⁴⁰ *Ibid.*, párrs. 202, 203 y 204.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239, párr. 94.

⁴² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, cit., párr. 17.

La Corte IDH también se ha referido a esta forma de discriminación en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Este caso se trata de una niña que a sus tres años empezó a vivir con VIH tras recibir una transfusión de sangre no revisada debidamente en un contexto de precariedad y falta de control por parte del Estado sobre el funcionamiento del banco de sangre respectivo. La víctima fue sometida a discriminación en los distintos ámbitos de su vida, incluyendo el educativo, incluso llegó a ser expulsada de su colegio por vivir con VIH. La Corte IDH analizó la particular discriminación sufrida por la víctima con base en el concepto de interseccionalidad e indicó que “la discriminación [...] ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió”.⁴³

En esta sentencia, la Corte IDH realiza una distinción entre la noción de “múltiple” en el sentido de categorías acumulativas, y la noción de “interseccional”, que tiene un sentido más específico y que pareciera más útil para explicar este tipo de situaciones. La Corte IDH dijo textualmente lo siguiente: “La discriminación no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.⁴⁴ Sobre dicha naturaleza diferente, aplicada al caso, la Corte IDH señaló:

... la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada.⁴⁵

De esta manera, la incorporación de este concepto de interseccionalidad en el momento de analizar el caso le permitió a la Corte IDH visibilizar las particularidades y la gravedad del ciclo de discriminación sufrido por la víctima en el caso.

⁴³ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 298, párr. 285.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 290.

⁴⁵ *Idem.*

Más recientemente, la Corte IDH volvió a referirse a la noción de interseccionalidad en el Caso VRP y VPC vs. Nicaragua, relacionado con la violación sexual de una niña de nueve años por un actor no estatal, y la falta de investigación diligente de los hechos por parte del Estado, acompañado de una serie de actos de revictimización severa en contra de la víctima que fueron calificados como violencia institucional. En esta ocasión, la Corte IDH se refirió a la necesidad de adoptar un “enfoque interseccional” a fin de pronunciarse por primera vez sobre las obligaciones estatales específicas en materia de investigación en casos de violencia sexual contra niñas, tomando en cuenta su género y edad.⁴⁶ También en el Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala en el que la Corte IDH conoció la falta de atención en salud por parte del Estado a personas con VIH, muchas de ellas en situación de pobreza y algunas de ellas mujeres embarazadas. La referencia de la Corte IDH a la interseccionalidad en la discriminación causada por la falta de atención a dichas mujeres permitió visibilizar los impactos diferenciados de ciertas acciones u omisiones, para ciertos grupos de mujeres, aun en un contexto más general de vulnerabilidad acreditado respecto de todas las víctimas del caso.⁴⁷ Las obligaciones positivas en cabeza de los Estados que se desprenden de estas situaciones de vulnerabilidad serán abordadas en la segunda parte de este artículo. En este punto se deja únicamente mencionado el concepto, tratándose de un desarrollo en materia de categorías problemáticas o sospechosas.

1.4.2. Metodología para el análisis de la fundamentación de la diferencia de trato

En este punto se aborda el tema de la metodología para analizar casos concretos una vez establecido el primer paso de análisis, esto es, que existió una diferencia de trato y que esa diferencia se basó en una o varias de las categorías problemáticas o sospechosas. Conforme a lo analizado hasta ahora, la presencia de las categorías puede ser explícita, implícita, por realidad, por percepción, e incluso puede estar acompañada de otros elementos objetivos. Como se ejemplificó, en todos estos casos se está ante una diferencia de trato basada en categorías problemáticas o sospechosas cuya justificación deberá ser analizada para establecer el carácter discriminatorio o no de dicha diferencia.

Como se indicó, la metodología de análisis frente a diferencias de trato se basa en un juicio de proporcionalidad cuyos pasos ya fueron mencionados. Ahora bien, cuando se trata de diferencias de trato basadas en categorías problemáticas o sospechosas, la jurisprudencia interamericana ha sido consistente en enunciar dos implicaciones jurídicas. La primera es que la diferencia de trato se presume

⁴⁶ Corte IDH, Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 350, párr. 154.

⁴⁷ Corte IDH, Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, Sentencia de 23 de agosto de 2018, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 359, párr. 138.

inconvenional y, por tanto, quien tiene la carga de argumentar y acreditar que se encuentra justificada, es el Estado. La segunda es la intensidad con la que se analiza la justificación aportada por el Estado. De esta manera, el escrutinio sobre dicha justificación es estricto.

Desde el caso *Atala Riffo e hijas*, con las decisiones de la CIDH⁴⁸ y la Corte IDH,⁴⁹ esta perspectiva quedó establecida en la jurisprudencia interamericana, y se ha repetido en los casos posteriores en los cuales se han analizado diferencias de trato basadas en una o más categorías incluidas literalmente o incorporadas en el artículo 1.1 de la Convención. Se cita textualmente el Caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador* pues en esta sentencia la Corte IDH ofreció mayor claridad respecto de las implicaciones en el análisis de una diferencia de trato basada en alguna de dichas categorías:

La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría [...].⁵⁰

En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.⁵¹

Más adelante se comentará sobre la cuestión del “efecto” discriminatorio en la sección relativa a impactos diferenciados o discriminación indirecta, y a si el juicio de proporcionalidad constituye una metodología apropiada para tales casos. En este punto, lo relevante son las implicaciones jurídicas en el análisis de un caso cuando se establece que la diferencia de trato estuvo basada en una o más categorías

⁴⁸ CIDH, Caso 12.502, *Karen Atala e hijas vs. Chile*, cit., párr. 95.

⁴⁹ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, cit., párr. 131.

⁵⁰ Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 256.

⁵¹ *Idem*.

sospechosas.⁵² Ahora bien, una cuestión que aún resulta vaga o poco clara en el sistema interamericano son los alcances más prácticos del mencionado escrutinio estricto.

En la doctrina y en el derecho comparado se pueden encontrar algunos parámetros. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha definido tres niveles de escrutinio del juicio de proporcionalidad aplicado a casos de igualdad y no discriminación, y se ha referido al nivel estricto como aquel en el cual “el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso”.⁵³ De manera similar, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en referencia a la Enmienda 14 de la Constitución en lo relativo a “igual protección”, ha invocado tres niveles de escrutinio conforme a los cuales el estricto implica que la diferencia de trato debe estar justificada por una necesidad estatal imperiosa, que esté estrechamente diseñada para lograr dicha finalidad y que sea el medio menos lesivo para lograr este interés.⁵⁴

Si se comparan los pasos del juicio de proporcionalidad como se definió con anterioridad, pareciera que los niveles de escrutinio así planteados por la Corte Constitucional colombiana y por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos responden a una lógica de hasta cuál paso se debe llegar en cada nivel de escrutinio. Ambas altas cortes parecen coincidir, por ejemplo, en que el test débil de igualdad debe llegar únicamente al nivel de idoneidad o relación de medio a fin; mientras que el test estricto de igualdad califica a la finalidad como una necesidad imperiosa y debería llegar, al menos, al paso de necesidad o de ausencia de medios menos lesivos. En estos ejemplos de derecho comparado no se hace referencia explícita al paso de proporcionalidad en sentido estricto.

Un análisis comparativo entre el uso del juicio de proporcionalidad en casos de igualdad en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado requeriría un profundo desarrollo que excede los objetivos de este artículo. Sin embargo, sí es importante identificar que hay, al menos, dos formas de aproximarse a la cuestión de los niveles de intensidad del escrutinio en casos de igualdad bajo el principio de proporcionalidad. Una, conforme a la cual

⁵² El TEDH también ha utilizado cierta terminología de la que se desprenden análisis más o menos estrictos frente a posibles diferencias de trato. Dentro de tal terminología se encuentra que “solo razones de mucho peso” ofrecidas por el Estado podrían justificar una diferencia de trato basada en ciertos criterios. Véase, por ejemplo, Caso *Karner vs. Austria*, párr. 37.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/2001. Los niveles de escrutinio intermedio y débil han sido definidos por la misma Corte, así: “Intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto” y “flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”.

⁵⁴ Supreme Court of the United States, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Los niveles de escrutinio intermedio y débil están definidos de manera similar a los de la Corte Constitucional colombiana.

a mayor intensidad en el escrutinio, más lejos se debe llegar en los pasos del juicio de proporcionalidad.⁵⁵ Y otra, conforme a la cual la mayor o menor intensidad del escrutinio se ve reflejada en la manera en que se analiza cada paso del mismo.⁵⁶ Como se mencionó arriba, los alcances prácticos del escrutinio estricto anunciado en casos de diferencias de trato basadas en una o más categorías problemáticas no se encuentran claramente fijados en la jurisprudencia interamericana, más allá de lo anunciado en el estándar general.

Un ejemplo de esta falta de claridad es el Caso Flor Freire vs. Ecuador que, como se señaló, se refiere a una diferencia de trato por la aplicación de sanciones más graves en el contexto de la disciplina militar para “actos homosexuales” en comparación con actos sexuales entre personas heterosexuales. La Corte IDH reiteró que al tratarse la orientación sexual de una categoría incluida en el artículo 1.1 de la Convención, era carga del Estado ofrecer una argumentación rigurosa para justificar la diferencia de trato. En aplicación al caso señaló:

Ecuador no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad.⁵⁷

Este Tribunal destaca que, con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales, genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida.⁵⁸

Si la Corte IDH hubiese otorgado implicaciones reales al carácter estricto del escrutinio en casos de diferencias de trato basadas en la orientación sexual, la omisión argumentativa del Estado ecuatoriano debió ser suficiente para establecer su

⁵⁵ Por ejemplo, en el Caso I.V. vs. Bolivia, la Corte se refirió en los siguientes términos al escrutinio estricto indicando que el mismo “incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no solo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma” (Corte IDH, Caso I.V. vs. Bolivia, cit., párr. 241).

⁵⁶ Carlos Bernal, *op. cit.*, pp. 734 y ss., 758 y ss. y 800 y ss. El autor, al referirse a cada uno de los pasos del juicio de proporcionalidad, incluye un análisis sobre la “perspectiva e intensidad” con la que pueden evaluarse y las correspondientes reglas.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Flor Freire vs. Ecuador, cit., párr. 126.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 127.

carácter discriminatorio. Como se desprende de la cita anterior, ello no fue así. Ante la ausencia de la invocación de una necesidad imperiosa por parte del Estado, la Corte IDH pareciera subsanar dicha omisión trayendo al análisis un fin no invocado por el Estado: la disciplina militar. Y a partir de ello, la sentencia entra en un análisis detallado de una multiplicidad de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado sobre la materia⁵⁹ para, finalmente, concluir que la diferencia de trato en el caso fue discriminatoria y violó la CADH.⁶⁰ Lo mismo ocurrió en el caso *Duque vs. Colombia* relacionado con la exclusión de la pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo.⁶¹

Es posible y en ciertos casos deseable que cuando un paso del juicio de proporcionalidad no sea cumplido, por diversas razones un tribunal decida avanzar en otros pasos subsiguientes de dicho test. Esto puede obedecer, por ejemplo, a la importancia de fijar estándares sobre una temática no abordada en la jurisprudencia, como al parecer ocurrió en los casos *Flore Freire vs. Ecuador* y *Duque vs. Colombia*, respectivamente en cuanto a la discriminación por orientación sexual en las instituciones militares o en el ámbito de la seguridad social.

Sin embargo, tratándose de una metodología que es en esencia escalonada, es decir que cada paso del análisis depende de que los anteriores se encuentren satisfechos, es importante que cuando la Corte IDH decida realizar fundamentaciones con fines pedagógicos en este tipo de asuntos, se establezca con claridad en qué punto del análisis se configura la determinación de responsabilidad internacional del Estado, indicando que las valoraciones posteriores son complementarias sin que de ellas dependa dicha responsabilidad. Un ejemplo de fundamentación en ese sentido se encuentra en el Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica*.⁶²

⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 128-137.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 138.

⁶¹ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*, cit., párrs. 107 y 108-123 y 124.

⁶² Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 257, párr. 273. En dicha sentencia, al analizar una restricción en el ejercicio de los derechos por la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la Corte declaró que no perseguía una finalidad legítima y, por tanto, no era necesario analizar los demás requisitos, sin perjuicio de unas valoraciones que consideró oportuno exponer. En palabras de la Corte: "Un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el 'derecho absoluto a la vida del embrión' como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana [...] razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión".

De no realizarse este tipo de precisiones, se corre el riesgo de desdibujar la finalidad de la metodología de análisis, el carácter estricto de la misma, la presunción de inconventionalidad y la carga probatoria y argumentativa que le corresponde a los Estados, todo lo que, conforme a la propia jurisprudencia interamericana, corresponde a las diferencias de trato basadas en una o varias categorías problemáticas o sospechosas.

1.5. Diferencia de trato cuando el factor diferenciador es negado o encubierto

En este punto se aborda otro tipo de casos de diferencias de trato basados en categorías prohibidas o sospechosas: los casos en los cuales el Estado niega que la diferencia de trato tuvo lugar con base en dichas categorías. Aunque estos casos se pueden confundir con aquellos en los cuales la presencia de la categoría es implícita, en realidad son asuntos de distinta naturaleza. En este tipo de casos existe un intento expreso de negar o encubrir que la verdadera razón de la actuación estatal estuvo asociada a una de las categorías prohibidas o sospechosas.

Dos casos permiten ejemplificar esta forma de discriminación encubierta: *Granier y otros vs. Venezuela*, y *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

En el primero, se analizó la decisión del Poder Ejecutivo de no renovar la concesión para el uso del espectro radioeléctrico a Radio Caracas Televisión. Los peticionarios argumentaron que esta decisión se basó en la línea editorial del medio de comunicación que era conocida por ser de oposición al gobierno. Por su parte, el Estado alegó que la decisión no se debió a la línea editorial, sino que se trató del ejercicio de una facultad discrecional y que fue consecuencia de que el canal de televisión había sido supuestamente sancionado con anterioridad. Al resolver el caso, la Corte IDH en primer lugar equiparó la línea editorial con la expresión de “opiniones políticas”, de manera que el caso se enmarcaba en un supuesto de posible discriminación, a la luz del artículo 1.1 de la Convención, además de la alegada restricción indirecta a la libertad de expresión.⁶³

El elemento característico de estos casos es que la posible discriminación casi siempre va a estar encubierta detrás del ejercicio de una facultad legal o de una apariencia o velo de legalidad. Por ello, el análisis no puede estar dirigido exclusivamente a determinar la legalidad o ilegalidad de la actuación estatal. Así, la controversia se centra en si la finalidad declarada por el Estado para justificar su actuación efectivamente corresponde a la realidad, o si se trató de una actuación discriminatoria

⁶³ Corte IDH, Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 293, párr. 227. La Corte IDH señaló que “es posible afirmar que la línea editorial de un canal de televisión es el reflejo de la expresión de las personas involucradas con el diseño de dicha línea, por lo que pueden ser objeto de un trato discriminatorio en razón de sus opiniones políticas”.

oculta bajo el manto de dicha finalidad declarada. A diferencia de todos los tipos de casos anteriores, en estos el concepto de desviación de poder resulta útil para resolver la controversia que suscitan. La Corte IDH lo planteó en el caso Granier y otros *vs.* Venezuela en los siguientes términos:

Al respecto, en el presente caso, la Corte considera necesario, tener en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder. Con relación a ello, el Tribunal toma como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe.⁶⁴

De este párrafo surgen dos comentarios. Por una parte, es pertinente el uso del concepto de desviación de poder de casos. Además, permite centrar el debate en lo que es relevante para resolverlos, esto es, la prueba existente sobre la verdadera intención detrás del acto que se alega discriminatorio. Por otra parte, la referencia genérica a una presunción de legalidad de las actuaciones del Estado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y, más específicamente, en el contexto de casos de alegada discriminación encubierta, puede conspirar en contra de las posibilidades reales de desentrañar una actuación discriminatoria encubierta bajo dicha presunción. Esto puede ocurrir de dos maneras. O bien poniendo la carga en los peticionarios, no solo *prima facie*, de demostrar que la finalidad declarada por el Estado no es la verdadera motivación de su actuar; o bien exigiendo prueba directa que demuestre dicha desviación de poder.

Volviendo al ejemplo del Caso Granier y otros *vs.* Venezuela, se observa que las pruebas tomadas en cuenta por la Corte IDH para concluir que la verdadera finalidad de la no renovación de la concesión era castigar a las víctimas por sus opiniones políticas expresadas a través de la línea editorial del medio de comunicación, fueron principalmente declaraciones de funcionarios estatales que de manera muy explícita pusieron de manifiesto dicha finalidad, contraria a la declarada por parte del Estado ante los órganos del sistema interamericano. Sin embargo, no solo no es común sino que es inusual que en casos de discriminación encubierta exista este nivel de prueba sobre el carácter discriminatorio de la actuación estatal.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 189 (citas omitidas).

Una aproximación más consistente con la naturaleza de este tipo de casos fue la abordada por la CIDH en el Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela.⁶⁵ Este caso se trata del despido de tres mujeres de una entidad estatal, específicamente del Consejo Nacional de Fronteras en el año 2004, tras incluir sus firmas en la convocatoria a referendo revocatorio contra el entonces presidente Hugo Chávez Frías. Las víctimas alegaron que el despido fue una represalia por esta actuación. Por su parte, el Estado de Venezuela argumentó que el despido se basó en la aplicación de una cláusula del contrato laboral que otorgaba al empleador la facultad discrecional de dar por terminados los servicios sin motivación, y que ello tuvo lugar en un contexto de restructuración de la institución. Algunos de los extractos relevantes del informe de fondo sobre la aproximación de la CIDH en este caso son:

En este punto corresponde a la Comisión abordar el debate sobre la motivación declarada por el Estado sobre la terminación del contrato, frente a la alegada motivación real de dicha actuación.⁶⁶

[...]

Ante el argumento de los peticionarios sobre la existencia de una supuesta motivación real según la cual la terminación laboral de las presuntas víctimas constituyó una sanción por su expresión política en la solicitud de referendo, el análisis de la Comisión no puede basarse en la motivación formalmente declarada en los términos descritos en los párrafos precedentes. Corresponde a la Comisión evaluar todos los elementos disponibles a fin de determinar si la terminación del contrato constituyó, como lo alegaron los peticionarios, una desviación de poder, entendiendo por tal aquella que tiene lugar mediante un procedimiento formalmente válido utilizado en orden a ocultar una práctica ilegal.⁶⁷

A diferencia de la Corte IDH en el Caso Granier y otros *vs.* Venezuela, en el Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela la CIDH abordó más directamente las dificultades probatorias propias de este tipo de casos, haciendo referencia tanto a la cuestión de la carga probatoria como al tipo de prueba que resulta relevante cuando se alega discriminación encubierta.

⁶⁵ En el momento de completar la redacción de este capítulo, la sentencia de la Corte IDH en este caso no había sido notificada.

⁶⁶ CIDH, Informe 75/15, Caso 12.923, Rocío San Miguel Sosa y otras, Venezuela, 28 de octubre de 2015, Fondo, párr. 148. Cita a la CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) (Caso 12.489) contra la República Bolivariana de Venezuela, 29 de noviembre de 2006, párr. 129.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 151.

Así, la CIDH indicó que “en estos casos la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia”.⁶⁸ Más adelante, en el mismo informe de fondo y al evaluar la respuesta obtenida por las víctimas en la vía interna, la CIDH señaló:

... las autoridades judiciales a cargo de resolver este tipo de casos deben tener presente que las formas encubiertas de discriminación generalmente no cuentan con prueba directa y, por lo tanto, la carga de la prueba no puede recaer de manera absoluta en la persona que alega la discriminación como ocurrió en el marco de estos recursos.⁶⁹

Tras evaluar la prueba disponible, incluyendo información contextual y una serie de indicios, la CIDH concluyó que las víctimas fueron separadas de sus cargos como represalia por haber firmado la convocatoria a referendo revocatorio y, por tanto, estableció que se trató de una diferencia de trato basada en la expresión de sus opiniones políticas.⁷⁰

Ahora bien, lo dicho hasta ahora en esta sección se vincula a la determinación de si la diferencia de trato estuvo basada o no en una categoría sospechosa, en casos en los cuales los Estados niegan dicha razón e invocan una motivación aparente. En cuanto a la metodología de análisis, la siguiente pregunta que surge es si, una vez levantado el velo de legalidad y establecido que, efectivamente, la diferencia de trato se basó en una categoría problemática, es necesario continuar con el juicio de proporcionalidad –que al tratarse de una categoría sospechosa debería ser estricto– o decidir si en este tipo de casos es suficiente levantar el velo de legalidad para establecer el carácter discriminatorio de la diferencia de trato.

Una aproximación puede ser entender que la aplicación del juicio de proporcionalidad se activa a partir de la existencia de una diferencia de trato que el Estado intenta justificar a partir de una finalidad que, en principio, no se encuentra en

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 189.

⁷⁰ CIDH, Nota de remisión del Caso 12.923, Rocío San Miguel y otras, a la Corte IDH, 8 de marzo de 2016. En cuanto al contexto, la CIDH tomó en cuenta la significativa polarización, los contenidos amenazantes de las declaraciones de altos funcionarios, la creación y publicación de una lista a solicitud del propio presidente de la República que incluía a las personas que firmaron la convocatoria a referendo revocatorio y la convocatoria a un proceso de “reparos” que incluyó un llamado general a que las personas que firmaron válidamente se retractaran. Como elementos adicionales, varios de ellos indiciarios, la CIDH tomó nota de: i) las declaraciones de las tres víctimas, en particular, la de Rocío San Miguel Sosa, quien aportó la transcripción de una conversación con dos funcionarios de alto nivel donde se indica que la razón del despido fue la firma; ii) el hecho de que de los 23 empleados del Consejo Nacional de Fronteras, solo cuatro personas fueron despedidas y todas firmaron la convocatoria; iii) el hecho de que a las tres víctimas se les habían venido renovando reiteradamente sus contratos por periodos de ocho, siete y cuatro años respectivamente; y iv) la información contextual que apuntaba a que no fue un caso aislado, sino que se documentaron múltiples denuncias sobre despidos en el sector público como represalia por la misma razón.

controversia, siendo la controversia mayormente sobre la legitimidad de esa finalidad y, de ser el caso, si están cumplidos los distintos pasos del juicio de proporcionalidad. En ese sentido podría afirmarse que, en casos de discriminación encubierta, en los cuales la presencia de la categoría sospechosa es ocultada por el Estado, corresponde concluir que el uso de dicha categoría para este tipo de casos es siempre discriminatorio. Puesto en otras palabras, podría entenderse que se presume el carácter discriminatorio de una diferencia de trato basada en una categoría cuya presencia el Estado pretende encubrir, pues dicho encubrimiento trae naturalmente aparejada la ilegitimidad de las verdaderas finalidades.

Entendido de esta manera, en casos de discriminación encubierta, el ejercicio más importante es el de valoración probatoria con la finalidad de desentrañar la verdadera finalidad de la diferencia de trato y, en caso de establecerse que no corresponde a la finalidad declarada por el Estado, no sería necesario profundizar en los pasos del juicio de proporcionalidad, en tanto la ilegitimidad de esa finalidad real resulta inherente a la voluntad de ocultarla bajo un velo de legalidad.

Al resolver el Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela, la Corte IDH parece inclinarse por esta aproximación al señalar que en “este caso [...] ellas fueron discriminadas por una desviación de poder, encubierta con el velo de legalidad de aplicación de una cláusula contractual que se justificó como discrecional, lo cual hace que un juicio de igualdad no sea aplicable propiamente en autos”.⁷¹

2. Igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas diferenciadas

Hasta ahora, el desarrollo de este artículo se ha centrado en la concepción de la igualdad y no discriminación conforme a la cual las personas que se encuentran en igual situación deben ser tratadas de manera igualitaria. Dentro de esta noción, se privilegia la neutralidad como herramienta central para proteger de tratos arbitrarios a las personas individualmente consideradas. Como se ha desarrollado, esta protección tiene matices e intensidades según las particularidades y los tipos de casos, siendo de especial relevancia la presencia de categorías sospechosas o problemáticas como las contenidas o agregadas a las cláusulas de no discriminación. En este punto, el concepto de neutralidad es útil para hacer la transición hacia la segunda concepción del principio de igualdad y no discriminación.

Roberto Saba plantea un ejemplo sencillo. En lo más relevante, su ejemplo describe un proceso de selección para una orquesta sinfónica. A fin de evitar la crítica sobre la composición de dicha orquesta por parte de hombres blancos, se decide que el concurso será únicamente de mérito. Para garantizar toda neutralidad, las personas a cargo de seleccionar son aisladas de forma tal que puedan escuchar, pero no

⁷¹ Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras *vs.* Venezuela, cit., párr. 164.

ver a los competidores. Tras este proceso, los ganadores fueron, nuevamente, hombres blancos. Tomando en cuenta las salvaguardias en el diseño del procedimiento, no es posible atribuir este resultado a prejuicios o estereotipos sobre las personas participantes. En su libro, Saba da algunas razones que podrían explicar la situación. Por ejemplo, que sí hubo participantes que no fueran hombres blancos, pero que no tenían posibilidad real de competir, pues a lo largo de su vida no tuvieron acceso a las mismas oportunidades de formación. Otra explicación puede ser la autocensura de personas pertenecientes a ciertos grupos, ante la desesperanza de ser seleccionados en un espacio históricamente excluyente. O una mezcla de ambas u otras posibles razones.⁷²

El hilo conductor de estas posibles explicaciones son las realidades de exclusión o sumisión histórica y profundamente arraigadas en la sociedad y en las instituciones. Sobre estas realidades se han desarrollado los conceptos de discriminación de hecho o sustantiva y de discriminación estructural o sistémica. El Comité DESC se ha referido a ambos conceptos así:

Discriminación sustantiva: [...] en el disfrute efectivo de los derechos [...] influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*.⁷³

[...]

Discriminación sistémica: [...] la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.⁷⁴

Así, frente a situaciones de discriminación de hecho y estructural, los mandatos normativos y las prohibiciones que privilegian la neutralidad resultan no solo

⁷² Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

⁷³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, cit., párr. 8 b).

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 12.

insuficientes, sino inadecuados para hacer efectivo el principio de igualdad. Más aún, el trato igualitario respecto de grupos en situación de desigualdad o discriminación estructural puede constituirse en la fuente que causa, profundiza, intensifica o perpetúa la desigualdad y discriminación. En su Opinión Consultiva 18, la Corte IDH empezó a referirse a las obligaciones exigibles a los Estados frente a situaciones de discriminación de hecho y estructural, indicando que deben “adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas”.⁷⁵

De un análisis de casos resueltos por los órganos del sistema interamericano es posible identificar distintas implicaciones que puede tener la discriminación de hecho y estructural, así como ejemplificar el tipo de obligaciones exigibles en tales circunstancias. A continuación, se hará referencia al abordaje de estas situaciones en las decisiones de casos contenciosos.

2.1. Discriminación de hecho o estructural como causa y consecuencia de riesgo diferenciado de violaciones de derechos humanos

Una de las consecuencias evidentes de la desigualdad de hecho o estructural es que pone a las personas asociadas a un grupo específico en situación de especial vulnerabilidad o riesgo de ser víctima de violaciones de derechos humanos, incluida la violencia. Estas violaciones de derechos humanos pueden ser cometidas por agentes estatales o actores no estatales. Frente a este riesgo diferenciado de ser víctima de violaciones de derechos humanos, el Estado tiene unas obligaciones especiales y positivas de prevención, protección y acceso a la justicia. Varios casos permiten ejemplificar esta especial vulnerabilidad y las correlativas obligaciones estatales.

En primer lugar, se encuentran los casos de violencia contra la mujer, especialmente los relativos a feminicidios. En dichos casos, la Corte IDH, invocando la Convención de Belém do Pará, ha enfatizado en la relación entre discriminación y violencia.⁷⁶ En el caso *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*, la Corte IDH caracterizó un contexto de discriminación y violencia en la zona,

⁷⁵ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 104.

⁷⁶ Así por ejemplo, la Corte IDH señaló que “en el ámbito interamericano, la Convención de Belém do Pará señala en su preámbulo que la violencia contra la mujer es ‘una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’ y además reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación [...] En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas [...] ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer ‘incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada’. También ha señalado que ‘[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre’”

seguido de impunidad.⁷⁷ Uno de los grandes aportes de este caso se relaciona con las particularidades de las obligaciones de especial protección en cabeza del Estado, frente al riesgo diferenciado al que estaban expuestas las mujeres en Ciudad Juárez como consecuencia del referido contexto. En palabras de la Corte:

... el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que estas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.⁷⁸

Similares consideraciones fueron reiteradas posteriormente en dos casos guatemaltecos con características análogas, en cuanto al deber de especial protección frente a la denuncia de la desaparición de una mujer en ciertos contextos.⁷⁹ De manera

(Corte IDH, Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 307, párr. 175).

⁷⁷ Dicho contexto fue descrito así: “De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a estos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad” (Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 205, párr. 164).

⁷⁸ *Ibid.*, párr. 283.

⁷⁹ Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 277; y Corte IDH,

más reciente, la Corte IDH profundizó al respecto en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, llegando a determinar que el incumplimiento manifiesto y deliberado de dichos deberes diferenciados, en ciertos casos puede llegar a constituir una forma de aquiescencia con la violencia perpetrada contra la mujer. En dicho caso, este abordaje trajo aparejado un desarrollo jurisprudencial mediante la calificación como tortura de actos de violencia extrema de género cometidas por un actor no estatal.⁸⁰

Otra de las obligaciones que en este tipo de casos los Estados deben cumplir de manera diferenciada tiene que ver con el acceso a la justicia. Al respecto, se indicó:

... la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia.⁸¹

De lo anterior se desprende el deber de investigar los posibles móviles discriminatorios de un acto de violencia contra la mujer, con una perspectiva de género y evitando cualquier estereotipo que pudiera culpabilizar a la víctima de lo sucedido o considerarla no merecedora de una investigación exhaustiva.⁸²

El último punto que conviene destacar de estos casos es el impacto que la determinación de la situación de discriminación estructural tuvo en el momento de fijar las reparaciones. La Corte IDH indicó que “teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos [...] las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.⁸³

El segundo ejemplo que se trae a colación es el Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, relativo a una situación de esclavitud, trabajo forzoso, servidumbre y trata de personas en la referida hacienda. En este caso, la Corte IDH enfatizó en el riesgo diferenciado de ser víctima de estas graves violaciones de derechos humanos en atención a la situación de “extrema pobreza o marginación”.⁸⁴ Este riesgo diferenciado vinculado a la situación de extrema pobreza fue descrito así:

Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, cit., núm. 307.

⁸⁰ Corte IDH, Caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 362, párrs. 183-199.

⁸¹ Corte IDH, Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, cit., párr. 176.

⁸² *Ibid.*, párrs. 176, 183 y 196.

⁸³ Corte IDH, Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, cit., párr. 450.

⁸⁴ Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sentencia de 20 de octubre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 318, párr. 337. Cita, entre otros: Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*

... los 85 trabajadores rescatados [...] se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización [...] Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de “trabajo esclavo” en el país [...] La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo.⁸⁵

Tras establecer el riesgo diferenciado, la Corte IDH señaló que “el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas”⁸⁶

2.2. Discriminación de hecho o estructural como fuente de impactos diferenciados o desproporcionados de leyes, interpretaciones judiciales o políticas en apariencia neutrales

En este punto se comentan los conceptos de discriminación indirecta y de impacto diferenciado o desproporcionado. Aunque la noción ya estaba presente implícitamente en algunos pronunciamientos anteriores,⁸⁷ fue en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, en el que la Corte hizo referencia expresa. Para ello, hizo una recapitulación de lo indicado por múltiples comités de tratados de las Naciones Unidas y por el TEDH, en los siguientes términos:

El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población

vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146, párr. 154.

⁸⁵ Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, cit., párrs. 339 y 340.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 338.

⁸⁷ Como en el Caso *Yatama vs. Nicaragua*.

al momento de ejercer sus derechos.⁸⁸ El Comité de Derechos Humanos,⁸⁹ el Comité contra la Discriminación Racial,⁹⁰ el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁹¹ y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹² han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.⁹³ Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique”.⁹⁴ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular,

⁸⁸ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, párr. 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.

⁸⁹ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité de Derechos Humanos, Comunicación 993/2001, Althammer v. Austria, 8 de agosto de 2003, párr. 10.2. (“que el efecto discriminatorio de una norma o medida que es a primera vista neutra o no tiene propósito discriminatorio también puede dar lugar a una violación de la protección igual ante la ley”), y Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación.

⁹⁰ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación 31/2003, *L.R. et al. vs. Eslovaquia*, 7 de marzo de 2005, párr. 10.4.

⁹¹ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25 referente a medidas especiales de carácter temporal (2004), párr. 1 (“puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer”).

⁹² Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, cit.

⁹³ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 251, párr. 234.

⁹⁴ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación 3/2011, Caso H. M. vs. Suecia, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, párr. 8.3.

esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo.⁹⁵

En este caso, la Corte IDH analizó la prohibición absoluta de la técnica de reproducción asistida de la fecundación *in vitro* en Costa Rica. El caso tiene gran relevancia en el sistema interamericano, en cuanto a la interpretación del artículo 4 de la CADH y la protección de la vida “en general, desde el momento de la concepción”. En lo relevante para este artículo, el caso desarrolló en la jurisprudencia de la Corte IDH el concepto de discriminación indirecta e impacto diferenciado o desproporcionado. Sin embargo, es debatible si la manera en que se usó fue del todo apropiada.

En la sentencia la Corte IDH analiza si “existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica”,⁹⁶ es decir, si la prohibición –que por supuesto afectó a todas las personas infértiles cuya opción para tener hijos biológicos era la fecundación *in vitro*– afectó de manera distinta a ciertas personas dentro de dicho grupo. En el análisis sobre “discapacidad”, se observa que lo que la Corte IDH hizo fue fundamentar las razones por las que debía entenderse la situación de infertilidad en el caso concreto como una discapacidad, lo que implica que el Estado debía adoptar unas medidas diferenciadas respecto de las víctimas.⁹⁷

En el análisis sobre “género” nos encontramos con que se describen los severos impactos de la prohibición para las mujeres infértiles, pero también para los hombres infértiles. En palabras de la Corte IDH: “La prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad”.⁹⁸ Aunque en la sentencia se indica que si bien “la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas”,⁹⁹ más adelante, en la misma sección, la Corte IDH se refiere también al impacto diferenciado para los hombres infértiles.¹⁰⁰ Es decir, la Corte IDH pareciera usar el concepto para visibilizar la manera distinta en que la prohibición afectó a las mujeres y a los hombres, lo cual es relevante. Este análisis incluye, entonces, a todas las personas afectadas por la prohibición, por lo que no pareciera que la noción de impacto desproporcionado o diferenciado sea pertinente o de utilidad cuando, como se conceptualizó, la misma está pensada para mostrar

⁹⁵ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 286. Cfr. TEDH, Caso Hoogendijk vs. Holanda, núm. 58641/00, Sección Primera, 2005; TEDH, Gran Cámara, D. H. y otros vs. República Checa, núm. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y TEDH, Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido, núm. 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

⁹⁶ Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, cit., párr. 287.

⁹⁷ *Ibid.*, párrs. 288-293.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 294.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 299.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 301.

tales impactos respecto de ciertos grupos en comparación con otros a quienes también involucra la actuación estatal, bien sea la norma, la interpretación judicial o la política pública de que se trate.¹⁰¹

El análisis respecto de la “situación económica” es más consistente con el concepto de discriminación indirecta e impacto diferenciado o desproporcionado. Así, en este punto la Corte IDH logra poner de manifiesto que, aunque la prohibición afectó a todo el universo de personas infértiles que requerían la fecundación *in vitro* para tener hijos biológicos, dentro de dicho universo, las personas en situación de pobreza se vieron afectadas de manera desproporcionada.

Finalmente, en términos de prueba y metodología de análisis en estos casos, es relevante mencionar el Caso D. H. y otros *vs.* República Checa, conocido por el TEDH. Según la naturaleza del caso de que se trate, el impacto diferenciado puede resultar de un análisis más o menos abstracto, sin exigir mayor prueba. Por ejemplo, en el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro* *vs.* Costa Rica), el impacto diferenciado de la prohibición en las personas infértiles de escasos recursos es patente por el hecho de que las parejas con mayores recursos tuvieron la posibilidad de trasladarse a otros países para practicarse el tratamiento. Sin embargo, hay otro tipo de casos relativos a impactos diferenciados en los cuales esta demostración es esencialmente empírica y puede requerir múltiples fuentes, incluyendo, por ejemplo, la estadística. El Caso D. H. y otros *vs.* República Checa se relaciona con la discriminación en perjuicio de niños del pueblo Rom, quienes fueron ubicados en escuelas especiales como consecuencia de unos exámenes psicológicos en apariencia objetivos y neutrales. Sin embargo, en la práctica, dicha política tuvo el impacto de generar una segregación *de facto* en el ámbito educativo. En lo relativo al uso de la estadística en este tipo de casos, el TEDH indicó lo siguiente:

... el Tribunal considera que cuando se trata de determinar el impacto de una medida o práctica sobre un individuo o grupo, las estadísticas que de un análisis crítico resultan confiables y signitativas, serán suficientes para constituir la evidencia *prima facie* que se le exige producir al peticionario. Esto no significa que la discriminación indirecta no pueda ser probada sin evidencia estadística.¹⁰²

Ahora bien, respecto de la metodología pertinente, en el mismo caso el TEDH analizó, en primer lugar, “si existió una presunción de discriminación indirecta” y,

¹⁰¹ Cabe mencionar que la CIDH, en su informe de fondo en el mismo caso, al analizar el impacto diferenciado, lo hizo exclusivamente respecto de las mujeres infértiles. Consideramos que esta aproximación es más consistente con el concepto y la finalidad de la invocación del mismo en un caso concreto (CIDH, Informe 85/10, Gretel Artavia Murillo y otros [Fecundación *in vitro*], Costa Rica, 14 de julio de 2010, Fondo, párrs. 131-133).

¹⁰² TEDH, Caso D. H. and others v. The Czech Republic, Application 57325/00, Grand Chamber, November 13, 2007, párr. 188 (traducción libre).

en segundo lugar, “si existió justificación objetiva y razonable”.¹⁰³ Esta metodología para este tipo de casos podría presentar problemas, particularmente en el segundo punto. Por una parte, conceptualmente se trata de una forma de discriminación que se basa en el efecto o el resultado y deja de lado si existió una intención discriminatoria por parte del Estado. De hecho, puede ser que la intención de la norma, interpretación judicial o política en cuestión sea precisamente la creación de criterios objetivos o neutrales en un asunto determinado. Por otra parte, el análisis de la justificación objetiva y razonable mediante un juicio de proporcionalidad en los términos ya descritos en este artículo, parte de la premisa de una diferencia de trato deliberada por parte del Estado que él mismo debe justificar. Es decir, pareciera inherente a este análisis –que tiene como punto de partida la finalidad perseguida por el Estado– la importancia de la intencionalidad de este.

De esta manera, en similar sentido a lo indicado en la sección de discriminación encubierta, el uso del test clásico de “justificación objetiva y razonable” con un juicio de proporcionalidad en casos de discriminación indirecta resulta, al menos, cuestionable. Otra aproximación podría ser que, en este tipo de casos, la discriminación es inherente a la demostración en sí misma del impacto diferenciado o desproporcionado, y lo más relevante metodológicamente es la cuestión relativa a la prueba exigida para acreditar dicho impacto.

2.3. Medidas de acción afirmativa

El último punto que se plantea dentro de esta concepción del principio de igualdad y no discriminación es el de las medidas de acción afirmativa. Hasta ahora se ha hecho referencia a que de esta concepción se desprende que los Estados deben adoptar medidas especiales y diferenciadas para prevenir violaciones de derechos humanos de ciertos grupos que se encuentran expuestos o más vulnerables a tales violaciones. Asimismo, se desprende que los Estados deben asegurar que no existan normas, interpretaciones judiciales o políticas que sean en apariencia neutrales, pero que tengan un impacto diferenciado o desproporcionado en ciertos grupos. La obligación vinculada a las medidas de acción afirmativa es puntualmente la de revertir la desigualdad de hecho o estructural.

El Comité DESC, en su Observación General 20, ya citada en el presente escrito, se refiere a las medidas de acción afirmativa de la siguiente manera:

Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y

¹⁰³ *Ibid.*, párrs. 185-204.

se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.¹⁰⁴

En el caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, y en referencia a las personas con discapacidad, la Corte IDH se refirió a esta obligación de revertir y eliminar la desigualdad real, así:

En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad,¹⁰⁵ con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.¹⁰⁶

Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.¹⁰⁷

Lo dicho hasta el momento por la Corte IDH respecto de medidas de acción afirmativa ha sido escaso y, en todo caso, a título de valoración general, sin mayores implicaciones concretas en los casos hasta ahora decididos.

Es posible pensar en, al menos, dos tipos de casos que podrían presentar debates complejos sobre cómo resolverlos. Por una parte, casos en los cuales personas pertenecientes al grupo históricamente discriminado aleguen la responsabilidad internacional de un Estado específicamente por la omisión en implementar medidas temporales de acción afirmativa. Por otra parte, casos en los cuales un Estado implemente medidas de acción afirmativa, y las personas que se consideren afectadas por dichas medidas aleguen que se trata de una diferencia de trato no justificada en su contra. Cabe mencionar que la Corte Constitucional colombiana ha conocido este tipo de casos, los cuales ha denominado de “discriminación positiva”. Como

¹⁰⁴ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, cit., párr. 9.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, cit., párr. 134. Cfr. artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 134. Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 5, párr. 13.

¹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 135 (las citas originales de este párrafo fueron omitidas).

aporte metodológico, la Corte Constitucional ha aplicado el juicio de proporcionalidad con intermedia para evaluar si una alegada medida de acción afirmativa puede constituir o no un trato discriminatorio injustificado.¹⁰⁸ Sin embargo, ninguno de estos dos tipos de casos ha sido materia de pronunciamiento por los órganos del sistema interamericano.

Conclusiones

La Corte IDH ha conocido un grupo importante de casos en materia de igualdad y no discriminación. A través de sus sentencias, este organismo ha podido delinear con claridad las dos grandes concepciones de dicho principio, las obligaciones que cada una comporta para los Estados partes de la CADH y la importancia de entender ambas concepciones como complementarias en el momento de aproximarse a la resolución de casos.

Sin embargo, dada la diversidad de tipos y subtipos de casos que se desprenden de dichas concepciones, los pronunciamientos hasta el momento resultan aún insuficientes para abordar todos los debates de interpretación, de prueba y metodológicos que traen consigo tales casos. En ese sentido, no es posible afirmar que exista una línea jurisprudencial robusta e integral de la Corte IDH en el tema.

En cuanto a la primera concepción, la Corte IDH ha avanzado en la naturaleza negativa de las obligaciones estatales y en la metodología consistente en la aplicación de un juicio de proporcionalidad para analizar si una diferencia de trato está o no justificada. También hay avances importantes en cuanto a varios temas asociados a las categorías prohibidas de diferenciación. Sin embargo, persisten ciertas inconsistencias en cuanto a la intensidad del escrutinio mediante el juicio de proporcionalidad en estos casos y sus implicaciones prácticas, especialmente en cuanto a la carga argumentativa y probatoria. Además, se mantiene cierta ambigüedad respecto de si todas las categorías prohibidas de diferenciación tienen las mismas implicaciones en cuanto a dicha intensidad. Igualmente, será importante el desarrollo futuro de la Corte IDH en casos de discriminación encubierta en los que el factor diferenciador real es negado, especialmente en cuanto a los estándares para probar formas más sutiles de discriminación.

Sobre la segunda concepción, si bien la Corte IDH se ha referido reiteradamente a que el principio de igualdad y no discriminación también impone obligaciones positivas a los Estados para enfrentar y revertir situaciones de discriminación estructural, el desarrollo jurisprudencial del contenido de tales obligaciones se ha enfocado hasta el momento en casos de violencia o graves violaciones de derechos humanos a las cuales están más expuestas ciertas personas por su pertenencia a ciertos grupos. La prohibición de neutralidad para evitar discriminación indirecta a través de

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-115 de 2017.

impactos diferenciados se encuentra desarrollada de manera muy incipiente en un único caso y hasta la fecha el sistema interamericano no ha conocido ningún caso en el que se pueda analizar hasta qué punto y bajo qué parámetros un Estado puede ser internacionalmente responsable por no adoptar medidas de acción afirmativa, o por adoptarlas de manera que generen otras diferencias de trato injustificadas.

Este artículo ha procurado ofrecer un panorama sobre el desarrollo actual del tema en la jurisprudencia de la Corte IDH desde una perspectiva enfocada en tipos de casos y la naturaleza de los debates que plantean. Asimismo, ha procurado identificar temas en los cuales persisten ambigüedades o inconsistencias, así como tipos de casos que aún no han llegado al conocimiento de la Corte IDH y que podrían consolidar la visión complementaria que se propone.

Bibliografía

- BARAK, Aharon, *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge Studies in Constitutional Law, 2012.
- DULITZKY, Ariel, “El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2007.
- BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

María Elena Attard Bellido* (Bolivia)

Un mate de coca y unas breves reflexiones dialógicas entre la diosa Themis y Mama Ocllo. ¿Es el Tribunal Constitucional Plurinacional un modelo polifónico de justicia constitucional?

RESUMEN

Con un método dialógico, este trabajo desarrolla las características de un modelo polifónico de justicia constitucional a la luz del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, para luego reflexionar sobre los roles del Tribunal Constitucional Plurinacional y las disfunciones contrarias al modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, diálogos interculturales e interjurisdiccionales, modelo polifónico de justicia constitucional, pluralismo jurídico de tipo igualitario, Tribunal Constitucional Plurinacional.

ZUSAMMENFASSUNG

Anhand eines dialogischen Ansatzes entwickelt der Beitrag die Charakteristiken eines polyphonen Verfassungsrechtsmodells aus der Perspektive des plurinationalen, kommunitären und entkolonialisierenden Konstitutionalismus. Daran anschließend geht er auf die Aufgaben des Plurinationalen Verfassungsgerichts und die Fehlent-

* Postulante al doctorado en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Mayor de San Andrés; magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, y en Derecho Internacional Privado; estudios en Derecho Indígena en la Universidad de Oklahoma, en Litigio Estratégico para la Defensa de Pueblos Indígenas en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Docente de posgrado en las universidades Andina Simón Bolívar, Mayor de San Simón, Mayor de San Andrés, entre otras; investigadora y consultora en derechos humanos, derecho constitucional y derecho procesal constitucional; se desempeñó como letrada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Constitucional Plurinacional, exviceministra de Justicia Indígena Originaria Campesina. malena_ab@hotmail.com

wicklungen ein, die dem im Plurinationalen Staat Bolivien geltenden Verfassungsmodell zuwiderlaufen.

Schlagwörter: Plurinationaler, kommunitärer und entkolonialisierender Konstitutionalismus, Kultur- und Rechtsprechungsdialog, polyphones Verfassungsrechtsmodell, egalitärer Rechtspluralismus, Plurinationales Verfassungsgericht.

ABSTRACT

With a dialogic method, this work develops the characteristics of a polyphonic model of constitutional justice in light of plurinational, communitarian and decolonizing constitutionalism, in order to then reflect on the roles of the Plurinational Constitutional Court and the dysfunctions contrary to the current constitutional model in the Plurinational State of Bolivia.

Key words: Plurinational, communitarian and decolonizing constitutionalism, intercultural and interjurisdictional dialogues, polyphonic model of constitutional justice, egalitarian legal pluralism, Plurinational Constitutional Court.

1. Voces de la diversidad cultural y su eco en un constitucionalismo plurinacional, comunitario e intercultural

La Pachamama o Madre Tierra –en la cosmovisión de los pueblos indígenas bolivianos de tierras altas– muestra su majestuosidad en los verdes llanos del oriente, las altivas montañas de occidente, así como en los cálidos y pintorescos valles de las tierras intermedias.¹ Así, en esta variopinta geografía surgen las reivindicaciones de los históricamente oprimidos: *los pueblos indígenas*, cuyas voces plantean la generación de diálogos interculturales e interjurisdiccionales para la construcción de los pilares que sustenten el pensamiento del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador a partir las dinámicas y aires nuevos de los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.²

¹ El actual territorio del Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra situado en el corazón de Suramérica. Tiene una superficie total de 1.098.581 km². Las tierras bajas contienen la Amazonia boliviana, que se encuentra en el sector oriental, y los llanos bolivianos; las tierras altas comprenden la zona andina y el altiplano boliviano, ubicados en la parte occidental; y las tierras intermedias están conformadas por los fértiles valles centrales.

² Véase Rubén Martínez y Roberto Viciano, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, pp. 1-24. Véase también Leonel Gladstone, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia*, La Paz, Molina & Asociados, 2017, p. 48.

Mama Oclo, mítica mujer indígena,³ desde las otras jurisdicciones comparte un mate de coca con la diosa Themis,⁴ la cual, con su tradicional venda en los ojos, grafica la narratividad del positivismo jurídico y del constitucionalismo monocultural, el cual, no obstante, en tiempos de interculturalidad, se abre al diálogo franco y abierto para la construcción de un pensamiento constitucional desjerarquizado, pluralista y respetuoso de la diversidad cultural y de los distintos saberes, cuyos postulados deben emerger, no de voces mediadas, sino del pensar y sentir de los históricamente oprimidos, es decir, de los pueblos indígenas, pero también de otros sectores, más vulnerables aún, por el entronque de civilizaciones, como es el caso de las mujeres indígenas.

Sin duda, el mate de coca y la apertura de canales de diálogo serán esenciales para el proceso de traducción y entendimiento postulado por Raimon Panikkar,⁵ indispensable para un pluralismo y una interculturalidad en construcción diaria, afectados por los demonios de la recalcitrante monoculturalidad y las rémoras de la hegemonía epistémica eurocéntrica, que aún persisten e incluso resurgen con mayor vigor en Latinoamérica.⁶

Es en este escenario de interculturalidad y apertura al diálogo donde la diosa Themis se quita su histórica venda y, después de observar en lejanía el naranja intenso de los atardeceres amazónicos, escucha atenta a su compañera de tertulia.

³ Cuenta la leyenda que desde la imponente mirada de Inti, el dios Sol, al abrigo de las montañas andinas y a los pies del sagrado lago Titicaca, una mítica mujer, Mama Oclo, junto a su compañero histórico Manco Cápac, pusieron los pilares de la cultura incaica en Los Andes. En este contexto, es importante señalar que si bien Mama Oclo es un personaje de la mitología andina, empero, en coherencia con una perspectiva intercultural, su invocación en este artículo no pretende presentar una mirada únicamente basada en la cosmovisión andina, por lo que debe ser leída no como exclusión de los pueblos de tierras bajas o medias, sino como una figura literaria que, para efectos de un diálogo reflexivo, intenta visibilizar la importancia de la diversidad cultural y un método dialógico de exposición de ideas. En esta perspectiva, a través de la metodología dialógica utilizada en este trabajo, cabe advertir a los lectores que estas reflexiones pretenden brindar *otra* visión del constitucionalismo basada, por tanto, en postulados de la teoría crítica del derecho y en la mirada de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas, como una alternativa en construcción frente a un tradicional discurso constitucional de corte monocultural y homogeneizante.

⁴ El mate de coca es una bebida aromática a base de la hoja sagrada. Esta infusión desde tiempos precoloniales ha sido consumida en los territorios de Bolivia y Perú.

⁵ Raimon Panikkar desarrolla la filosofía imperativa-dialógica, que conlleva el método de la hermenéutica diatópica y debe utilizarse para superar la distancia entre dos o más culturas que se han desarrollado independientemente y en espacios distintos (*topoi*); en este marco, será esencial fortalecer procesos de entendimiento y traducción para el diálogo intercultural (Raimon Panikkar, *Sobre el diálogo intercultural*, Salamanca, San Esteban, 1990, pp. 90-91).

⁶ Véase María Paula Meneses, "Ampliando las epistemologías del sur a partir de los saberes: diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique", *Revista Andaluza de Antropología*, núm. 10, 2016, p. 17. Véase también Santiago Castro, "La poscolonialidad explicada a los niños", en José Luis Saavedra (comp.), *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*, Cochabamba, Verbo Divino, 2009, p. 31.

Mama Oclo, con sus coloridos tejidos andinos que en su diseño resaltan la emblemática chakana,⁷ suspira y con acento claro y pausado inicia el diálogo intercultural invocando la teoría de la poscolonialidad y la doctrina del giro decolonial, tan bien expuestas por Aníbal Quijano.⁸ En este contexto, afirma que el proceso colonial para Latinoamérica implicó la imposición de un pensamiento monocultural, hegemónico y jerarquizado basado en una sola cultura dominante, en un solo Estado, un solo derecho, una sola religión, y valores y principios concebidos por la cultura dominante, visión que convergió en un pensamiento constitucional monocultural que sustentó el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social y el constitucionalismo de posguerra, cuyos principios, emanados del continente colonizador, fueron trasplantados a Latinoamérica a lo largo de las diferentes reformas constitucionales.⁹

La diosa Themis –que ahora, luego de sus diversos viajes, conoce más de cerca la realidad del Sur del planeta¹⁰– pregunta: ¿siendo Latinoamérica el crisol de la diversidad cultural, es posible sustentar aún un pensamiento constitucional monocultural? Mama Oclo, con convicción, responde que no. En este contexto, afirma que desde el giro decolonial se reivindica la construcción de un pensamiento constitucional dialógico latinoamericano que se estructura a partir de las voces de los históricamente oprimidos, entre ellos, los diversos pueblos indígenas y en particular las mujeres indígenas, gravemente afectadas y subordinadas por el entronque de civilizaciones. Se busca así superar un positivismo jurídico recalcitrante y cambiar los métodos del derecho, comprendiendo que la subsunción no puede ser la única

⁷ En la filosofía intercultural andina, la chakana o cruz andina grafica la cosmovisión andina en el marco de la complementariedad, la relacionalidad, la reciprocidad y la solidaridad. Véase Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, “Una herramienta para valorar el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización”, *Comprensión plural de los derechos y garantías Constitucionales y herramientas para el desarrollo del pluralismo jurídico*, Sucre, Unidad de Descolonización, 2017, pp. 185-208. Véase también Josef Estermann, *Filosofía andina*, La Paz, Instituto Superior Ecueménico Andino de Teología, 2009, pp. 247 y 251.

⁸ El concepto de la colonialidad del poder fue desarrollado por Aníbal Quijano, quien observa las relaciones de dominación entre colonizadores y colonizados, lo que genera jerarquizaciones epistémicas y, por ende, estructuras de dominación en el ámbito social, cultural, económico, político y jurídico (Aníbal Quijano, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, Argentina, Clacso, 2014, pp. 201-246).

⁹ La primera Constitución en Bolivia fue la de 1826 e inauguró el periodo del constitucionalismo liberal boliviano; el constitucionalismo social comenzó con la Constitución de 1938; el periodo del constitucionalismo pluricultural inició con la Constitución boliviana de 1994; y el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, con la Constitución de 2009.

¹⁰ El término ‘Sur’ es asumido de la concepción de las *epistemologías del Sur* descritas por Boaventura de Sousa y geográficamente hace referencia a Latinoamérica. Véase Boaventura de Sousa, “Introducción a las epistemologías del Sur”, en María Paula Meneses y Karina Bidaseca (coords.), *Epistemologías del Sur*, Buenos Aires, Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Clacso, 2018, pp. 25-61.

herramienta racional de aplicación del derecho,¹¹ sino que las voces directas de los históricamente oprimidos, los tribunales constitucionales o las cortes constitucionales deben utilizar otros métodos, como los diálogos interculturales o interjurisdiccionales. Ello, además, implicará superar la lógica binaria del derecho con base en las diversas cosmovisiones y llevará a *otras* formas de reparación y restauración de las relaciones entre las personas, las culturas diversas, la Madre Tierra y todo ser sintiente,¹² para un verdadero equilibrio y armonía.

Luego de este análisis y después de degustar el último sorbo de su taza de mate de coca, Mama Oclo agrega que en Bolivia, hoy Estado Plurinacional de Bolivia, el giro decolonial se manifestó en el principio constitucional de descolonización, el cual sustentó el proceso constituyente que se desarrolló entre los años 2006 y 2008. Muy bien explicado por el apreciado maestro Rubén Martínez Dalmau,¹³ este proceso concluyó con la Constitución democrática de 2009,¹⁴ la cual, en el contexto de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, inició la era del constitucionalismo plurinacional, comunitario, intercultural y descolonizador, a la cabeza de un órgano de control de constitucionalidad encarnado en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En efecto, este constitucionalismo fue claramente descrito por el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 0847 de 25 de febrero de 2014, la cual señaló que la Constitución boliviana tiene una clara inspiración anticolonialista que rompe con la herencia del constitucionalismo monocultural y, por tanto, en términos de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0260 de 12 de febrero de 2014, consagra los postulados del pluralismo en aras de la construcción de la plurinacionalidad.¹⁵ Afirmar también Mama Oclo que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la Declaración Constitucional Plurinacional DCP

¹¹ La subsunción o método del silogismo jurídico hace que la conclusión responda a la estricta correspondencia entre la premisa normativa y la premisa fáctica. La subsunción es el método por excelencia de un sistema jurídico netamente positivista y monocultural.

¹² Véase Andrea Padilla, “El giro judicial del movimiento animalista y el naciente derecho de los animales no humanos en las altas cortes colombianas”, *Controversia*, núm. 204, 2014, p. 411.

¹³ Rubén Martínez, “El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2012, pp. 35-48.

¹⁴ El carácter democrático de la Constitución emerge de su proceso constituyente. Los profesores Rubén Martínez y Roberto Viciano resaltan estos procesos desde la óptica de un constitucionalismo democrático, en “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 7-29; “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates Constitucionales en Nuestra América*, núm. 48, 2015, pp. 58-67; además, véase Rubén Martínez, “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática”, en Rubén Martínez (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2014, pp. 67-119.

¹⁵ Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0260 de 12 de febrero de 2014, FJ III.1.1. Véase también Alejandro Médici, “Teoría constitucional y

0030 de 28 de mayo de 2014, precisó que las constituciones de Bolivia (2009) y Ecuador (2008) son los hitos de un constitucionalismo propio en América Latina, con rasgos diferenciales esenciales en cuanto a otros constitucionalismos tradicionales o corrientes neoconstitucionalistas de matriz europea.¹⁶

Desde este espectro, afirma Mama Ocllo que, a la luz de la descolonización, el pluralismo jurídico es precisamente uno de los rasgos que marca la diferencia con un constitucionalismo de matriz europea; por tanto, en interdependencia con la plurinacionalidad, el *pluralismo jurídico de tipo igualitario* es el componente esencial del modelo constitucional boliviano.¹⁷ Mirando fijamente a los ojos de su interlocutora, Mama Ocllo afirma que el Tribunal Constitucional Plurinacional sustentó en la DCP 0006 de 5 de junio de 2013 que “el pluralismo proyectado por la Constitución boliviana establece la coexistencia en igualdad jurídica de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales provenientes de los pueblos y naciones indígenas originarios campesinos que gozan de igual jerarquía y legitimidad”.¹⁸

La diosa Themis, atenta a las palabras de su interlocutora, interrumpe abruptamente la conversación y, luego de un suspiro reflexivo, alega que el quitarse la mítica venda de los ojos fue un acto de suma trascendencia, ya que abrió un canal de franco diálogo, especialmente importante para entender la incidencia del pluralismo jurídico de tipo igualitario en sistemas plurales de fuentes jurídicas, aspecto que con particular énfasis debe abordar el constitucionalismo que aspire a superar una visión monocultural y eurocéntrica.¹⁹

giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”, *Otros Logos. Revista de Estudios Críticos*, año 1, núm. 1.

¹⁶ Cfr. Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0030 de 28 de mayo de 2014, FJ III.1.

¹⁷ Para un desarrollo del pluralismo jurídico de tipo igualitario véase André J. Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, Colección El Otro Derecho, núm. 26-27, Bogotá, ILSA, 2002, pp. 70-71.

¹⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0006 de 5 de junio de 2013, FJ III. Véase también Raquel Yrigoyen, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999, p. 6; “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 537-567; “Hacia una jurisprudencia pluralista. Derecho penal y pluralidad cultural”, *Anuario de Derecho Penal*, 2006, pp. 377-415; Esther Sánchez, “Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico”, Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad”, Universidad Nacional de Colombia, 20 al 24 de octubre de 2003, pp. 17-36; Claudia Storini, “Pluralismo popular como paradigma de un constitucionalismo de la diferencia”, en Claudia Storini (ed.), *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 41, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017, pp. 31-46.

¹⁹ En Europa también surgen voces de un constitucionalismo plural. Véase, por ejemplo, Peter Häberle, “La Constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 177-198.

En efecto, al escuchar las reflexiones de la diosa Themis, ahora desposeída de su venda, con una sonrisa fraterna, Mama Oclo sostiene que este sistema plural de fuentes jurídicas, amparado por el pensamiento constitucional latinoamericano, integra a la norma positiva como fuente directa de derecho, en tanto y en cuanto responda en contenido al bloque de constitucionalidad, a las normas y los procedimientos de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos²⁰ y a la jurisprudencia de acuerdo con el concepto del precedente en vigor.²¹ Ello implica que dicho pluralismo de fuentes jurídicas se enmarca en el modelo constitucional boliviano, cuya ingeniería se estructura a partir de los principios de la plurinacionalidad comunitaria y el pluralismo, pero también que dicho modelo constitucional se encuentra fuertemente influenciado por el derecho internacional de los derechos humanos.

Entonces, en virtud de lo señalado, a partir del carácter plurinacional comunitario, los derechos serán interpretados de acuerdo con pautas interculturales, para generar así consensos interculturales que contemplen la diversidad cultural en el marco de las obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos.²² Luego de una pausa propicia para apreciar los paradisíacos atardeceres orientales, aclara Mama Oclo que estas pautas de interpretación serán abordadas más adelante, en la próxima taza de mate de coca.

Después de realizar una loable tarea de traducción y entendimiento, tal como le sugirió su amigo Raimon Panikkar,²³ la diosa Themis confiesa la inicial dificultad que tuvo cuando se quitó la venda de los ojos, ya que en su entorno solo vislumbró estructuras sociales, políticas y jurídicas monoculturales y profundamente colonizadas. Con la mirada perdida en lontananza, sus recuerdos evocan las profundas reflexiones de su amiga Catherine Walsh, para quien no puede sustentarse un pluralismo jurídico de tipo igualitario sin procesos de interculturalidad que superen progresivamente estructuras monoculturales del Estado.²⁴ En este marco, la diosa

²⁰ En el enfoque de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, no es coherente la expresión ‘usos y costumbres’, porque conlleva un pluralismo jurídico de tipo subordinado; en ese marco, lo apropiado es utilizar la expresión ‘normas, procedimientos y cosmovisiones’ como fuente directa de derecho.

²¹ La correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 0846 de 20 de agosto de 2012, FJ III.3. De la misma forma, a través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 2233 de 16 de diciembre de 2013, FJ III.3, el Tribunal desarrolló la doctrina del estándar jurisprudencial más alto.

²² El artículo 13.I de la Constitución, armónico con el 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”.

²³ Panikkar, *op. cit.*, pp. 90-91.

²⁴ Catherine Walsh, *Interculturalidad y plurinacionalidad: elementos para el debate constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2012; “El Estado plurinacional e

Themis manifiesta a su amiga e interlocutora la importancia que tiene en una sociedad diversa y plural el fortalecimiento de relaciones de interculturalidad basadas en criterios de complementariedad, relacionalidad, solidaridad y equilibrio armónico.

Mama Oclo agrega que estos procesos de interculturalidad adquieren aún mayor relevancia en el marco de los fundamentos que sustentan el modelo constitucional boliviano. Por esta razón, afirma que es esencial caracterizar la Constitución democrática de 2009 con el concepto de interculturalidad plurinacional,²⁵ a partir del cual se supera la visión pluricultural o multicultural para entender que el Estado Plurinacional no simplemente tolera o reconoce la diversidad cultural, sino que la plurinacionalidad es la base de un nuevo modelo de Estado en constante diálogo y construcción, cuyas estructuras se consagran a partir de la diversidad cultural y las voces de los históricamente oprimidos.

En este punto de la conversación, en el marco de todo lo ya abordado, la diosa Themis y Mama Oclo terminan sus aromáticas bebidas de coca y, en medio de un sol amazónico resplandeciente y un límpido cielo azul, planifican un nuevo acápite y otro fértil encuentro.

2. El Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano en el horizonte del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, ¿un modelo polifónico de justicia constitucional?

Un nuevo capítulo del diálogo académico entre las diosas abre con otra taza de mate de coca, esta vez ante la mirada impertérrita del Sica Sica y Churuquella, los dos grandes celadores de la ciudad de Sucre, sede del Tribunal Constitucional Plurinacional y también de la Asamblea Constituyente que alumbró la Constitución democrática de 2009.²⁶ En medio de la brisa propia de una fría mañana de otoño, la diosa

intercultural”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comps.), *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009, pp. 64-78.

²⁵ Rosember Ariza desarrolla el concepto de interculturalidad plurinacional y, en ese contexto, señala: “Las culturas no se relacionan en abstracto y cuando se relacionan no son las personas portadoras de lo cultural las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas no se podría manifestar explícitamente. Lo que se relacionan no son indígenas con no indígenas, sino tradiciones espirituales con filosofías, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones, y necesidades con satisfacciones; la preposición ‘entre’ es denotativa de una relación entre significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por un misma cosa o situación en contacto” (Rosember Ariza, “Derecho aplicable”, en Juan Carlos Martínez, Christian Steiner y Patricia Uribe (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Ciudad de Guatemala, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 45-58). Véase también Fidel Tubino, “La interculturalidad crítica como proyecto ético-político”, Lima, Encuentro Continental de Educadores Agustinos, 2005.

²⁶ Sucre es la Capital Constitucional de Bolivia; por una guerra civil (1898-1899), la sede de gobierno es la ciudad de La Paz y, en Sucre está instalado el órgano judicial y ahora el Tribunal

Themis retoma el diálogo en torno al constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador y centra la reflexión en el Tribunal Constitucional Plurinacional, último y máximo garante en el ámbito interno del bloque de constitucionalidad.

Inspirada por las hojas sagradas que aromatizan su cálida bebida, digna de diosas, Mama Ocllo confiesa a su interlocutora y amiga de tertulia la importancia de desarrollar desde la teoría constitucional boliviana el concepto de bloque de constitucionalidad, pero con enfoque intercultural. La diosa Themis, sin su venda y cada vez más comprometida con las teorías críticas del derecho, coincide con esta proposición, a cuyo efecto justifica la importancia de este concepto en aras de una construcción plural de derechos que tenga sustento en consensos interculturales legítimos basados en diálogos armónicos entre el derecho internacional de los derechos humanos y un modelo de Estado estructurado en criterios de plurinacionalidad y de diversidad cultural.

Mama Ocllo, al asentir con un delicado movimiento de cabeza la afirmación de su amiga, agrega que la propuesta de construcción plural de derechos sobre la base de la doctrina del bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural ocasiona un gran quiebre epistémico: la superación de la concepción absoluta del principio de universalidad de los derechos, y propone la apertura de caminos dialógicos destinados a la construcción plural para que, en resguardo del vivir bien como fin esencial del Estado, se preserve el equilibrio y la armonía social. La diosa Themis, luego de un profundo suspiro, colige que esta temática sin duda debe ser visibilizada por una academia plural y crítica.

Frente a la mirada inquisitiva de la diosa Themis, sentada en su silla sin su histórica venda, Mama Ocllo hace eco de la jurisprudencia constitucional y afirma que a través de la Sentencia Constitucional 0110/2010-R de 10 de mayo, se sustenta un modelo de Estado plurinacional en constante diálogo con la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, que le brinda a la doctrina del bloque de constitucionalidad un enfoque intercultural para su materialización, especialmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el marco de lo que se ha denominado el Sistema Plural de Control de Constitucionalidad.²⁷

En este contexto, luego de saborear su aromático mate de coca, Mama Ocllo señala que el primer elemento para entender no solo el modelo de Estado boliviano, sino también los roles del Tribunal Constitucional Plurinacional, es la doctrina del bloque de constitucionalidad con enfoque de interculturalidad. En este marco, afirma que en la citada Sentencia Constitucional 0110/2010-R, el Tribunal Constitucional estableció que forman parte de este bloque: la Constitución de 2009, los tratados

Constitucional Plurinacional. Esta ciudad está resguardada por los dos cerros Churuquilla y Sica Sica.

²⁷ El Tribunal Constitucional Plurinacional desarrolló el Sistema Plural de Control de Constitucionalidad en las sentencias constitucionales plurinacionales 0300 de 18 de junio de 2012 y 0778 de 21 de abril de 2014 y en la Declaración Constitucional Plurinacional 0006 de 5 de junio de 2013, entre muchas otras.

internacionales referentes a derechos humanos, los estándares internacionales de protección de derechos, especialmente los emanados de la Corte IDH; pero además, en un contexto de interculturalidad plurinacional, resaltó el rasgo axiológico del modelo conformado por valores plurales supremos en el marco de un catálogo abierto descrito en el artículo 8 de la Constitución, como es el *suma qamaña* o vivir bien.²⁸

La diosa Themis, intrigada y muy inquieta, requiere una pronta explicación que le ayude a comprender cómo armonizar los tratados internacionales sobre derechos humanos y los estándares internacionales –especialmente de la Corte IDH– con principios plurales como el *suma qamaña*.²⁹ Mama Ocllo, con su voz dulce pero intensa, para responder a esta interrogante, se propone iniciar la reflexión remitiéndose a la directa interdependencia entre la doctrina del bloque de constitucionalidad

²⁸ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 0110/2010-R de 10 de mayo, FJ III.3.

²⁹ El modelo constitucional boliviano consagra el valor ético-moral del *suma qamaña* o del vivir bien. En este marco, el artículo 8.1 de la Constitución, de manera expresa, señala lo siguiente: “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino de vida noble)”. El *suma qamaña* –llamado también *Sumaq Kawsay* en Ecuador–, en el marco de un proceso constituyente plural, emerge del carácter comunitario y plurinacional del Estado, en virtud del cual y desde la diversidad cultural, la complementariedad, la alteridad, la solidaridad y el respeto a la diversidad cultural, postula otras formas epistémicas o saberes diversos destinados a la construcción colectiva del Estado. De acuerdo con lo descrito, debe señalarse que el Tribunal Constitucional Plurinacional en la DCP 0006 de 2013, FJ III.1, definió el vivir bien como una alternativa a la visión desarrollista. En este contexto, de manera textual expresa lo siguiente: “El Vivir Bien (Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Päve) es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (sic), y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo”. En este marco, la misma Sentencia concluyó afirmando lo siguiente: “El horizonte del Vivir Bien es la propuesta más contundente del Estado Plurinacional, opuesto a las lógicas del ‘desarrollo’ propio del Estado Nación moderno capitalista, que ha subsumido al Estado al ‘Subdesarrollo’; en consecuencia, el Vivir Bien como un horizonte propio de la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (sic), comunidades interculturales y afrobolivianas se orienta a la reconstitución y continuidad de las practicas propias de la diversidad de ‘naciones’ con alcance general, es decir, en la políticas, normas y decisiones del Estado Plurinacional”. Asimismo, la SCP 1035 de 2013, FJ.III.2, citando a Rafael Bautista, sostuvo lo siguiente: “el Suma Qamaña significa recuperar nuestro horizonte de sentido. Entonces no es un volver al pasado, sino recuperar nuestro pasado, dotarle de contenido al presente, desde la potenciación del pasado como memoria actuante”.

con enfoque intercultural y el modelo polifónico de justicia constitucional, que en el fértil campo del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador es el crisol de la construcción plural de derechos para vivir bien, en equilibrio, racionalidad, complementariedad y armonía.³⁰

La diosa Themis, más confundida aún, pide a su colega explicar los alcances de este modelo de control de constitucionalidad tan peculiar, desde su perspectiva. Mama Oclo señala que, según los pilares de un constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, el modelo polifónico de justicia constitucional se caracteriza por los siguientes elementos: composición plural del máximo órgano de control de constitucionalidad, métodos y herramientas constitucionales plurales destinadas a consolidar el vivir bien como fin esencial del Estado, construcción plural de derechos bajo pautas interculturales de interpretación y procedimientos constitucionales interculturales. Agrega que estos elementos, desde la perspectiva de un modelo polifónico de justicia constitucional, asegurarán la real materialización de un bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural. Nuevamente la diosa Themis pide aclaración y muy gentilmente requiere a su amiga explicar de manera individualizada cada uno de estos elementos que caracterizan al modelo polifónico de justicia constitucional en el marco del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador. Mama Oclo accede gustosa a este pedido.

2.1. Composición plural. ¿Tiene el Tribunal Constitucional Plurinacional una composición plural?

Mama Oclo señala que, en el contexto de una interculturalidad plurinacional y un pluralismo jurídico de tipo igualitario, la materialización del bloque de constitucionalidad con enfoque de interculturalidad debe responder a una justicia plural, que en el caso boliviano se sustenta en la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina y las jurisdicciones especiales,³¹ las cuales se someten, para efectos de control de constitucionalidad y tutela de derechos, al Tribunal Constitucional Plurinacional. Lo señalado precedentemente implica un redimensionamiento de la concepción eurocéntrica del control de constitucionalidad, ya que si bien se tiene un modelo con un rasgo de control concentrado de constitucionalidad –por ser el Tribunal Constitucional Plurinacional el último y máximo garante de los derechos y del bloque de constitucionalidad–, no es menos

³⁰ Véase Estermann, *op. cit.*, pp. 247 y 251.

³¹ El artículo 179.I de la Constitución establece: “La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley”. Por su parte, el párrafo segundo de esta disposición constitucional reza lo siguiente: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igualdad jerárquica”.

cierto que el modelo polifónico de justicia constitucional plantea rasgos diferenciales importantes, uno de los cuales es la composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional, para lograr así interpretaciones interculturales de derechos en el marco de un modelo biocéntrico de protección a derechos para vivir bien y en armonía.³²

En coherencia con lo anterior, Mama Ocllo afirma que en la propuesta original del Pacto de Unidad³³ se postuló una composición paritaria dentro del Tribunal Constitucional Plurinacional, para que así, en el marco de la descolonización y la diversidad de saberes, formen también parte de este alto tribunal autoridades que emerjan de la jurisdicción indígena originaria campesina. Sin embargo, en la ciudad de Oruro se realizaron cambios importantes al proyecto constitucional, uno de ellos la composición plural igualitaria.³⁴ La diosa Themis, luego de interrumpir la exposición con un rápido carraspeo, señala que por estos cambios la Constitución boliviana, en su artículo 197.I, consagra un criterio de plurinacionalidad para la elección de magistradas y magistrados, aunque dicho precepto no contiene un mandato de composición plural igualitaria.³⁵

³² Este paradigma será desarrollado en el numeral 2.4 de este trabajo.

³³ En septiembre de 2004, seis organizaciones de raíces indígenas y campesinas firmaron el histórico Pacto de Unidad, del cual emergieron los elementos esenciales de un modelo de Estado Plurinacional. El 6 de marzo de 2006, el presidente Evo Morales promulgó la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente 3364. La Asamblea Constituyente fue inaugurada el 6 de agosto de 2006. El 5 de agosto, el Pacto de Unidad, su propuesta de reforma a la Constitución. Véase Salvador Schavelzon, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural, 2012, p. 127.

³⁴ Entre agosto y diciembre de 2007 hubo un periodo de prórroga en la Asamblea Constituyente, especialmente por la controversia de la capitalía, que en la ciudad de Sucre generó grandes convulsiones sociales. Los constituyentes lograron sesionar en el Liceo Militar La Glorieta, ubicado en las afueras de la ciudad de Sucre y aprobaron el texto “en grande”; empero, la “aprobación en detalle” fue realizada en Oruro. En el Congreso Constituyente, mediante la Ley de 21 de octubre de 2008, en varios temas se realizan modificaciones estructurales y se cambió el sentido “igualitario” del Proyecto Constituyente, modificándose más de 140 artículos que “limitan” y “reducen” el sentido emancipador y reconstituyente de la “plurinacionalidad”. Entre los cambios se pueden destacar algunos “límites” a la “auto-determinación” de los pueblos indígenas, por ejemplo, en cuanto a la autonomía indígena originaria campesina (art. 289) y al ejercicio jurisdiccional en materia de justicia (art. 190); asimismo, la composición plural igualitaria de magistrados de los altos tribunales de justicia reducida a “al menos dos” magistrados nominados por la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (art. 197.I), límites a las circunscripciones especiales (art. 146.VII), entre otras restricciones. Véase Farith Rojas, “Nuevas condiciones de lenguajes de los derechos desde los pueblos indígenas”, en *Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo. Homenaje al Prof. Néstor Pedro Sagüés*, Sucre, Colegio de Abogados de Chuquisaca, Fundación Tribuna Constitucional, 2010, p. 322.

³⁵ El artículo 197.I de la Constitución señala: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”. Nótese que no existe un mandato constitucional sobre una composición plural paritaria.

Luego de esta narración, la diosa Themis pregunta a su interlocutora si realmente existe una composición plural en el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Luego de un profundo suspiro, Mama Ocllo responde que no existe una real composición plural en el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano. Frente a la admiración de la diosa Themis, Mama Ocllo advierte la gran disfunción en el Tribunal Constitucional Plurinacional en cuanto a su composición, ya que no solamente se ha mutilado la inicial idea de una composición plural igualitaria, sino que, además, para cumplir con el criterio de plurinacionalidad establecido en el artículo 197.I de la Constitución, debieran aplicarse criterios de democracia comunitaria de acuerdo con el mandato consagrado en el artículo 11.II.3 de la Constitución, es decir, que los postulantes que se autoidentifiquen como candidatos de pueblos indígenas no deben ser electos mediante mecanismos del voto universal, sino de democracia comunitaria en el marco de sus sistemas políticos.

La diosa Themis, inmersa en sus propios pensamientos, escucha con atención a su amiga, quien además refiere que si bien la Constitución boliviana establece que los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional deben ser electos por voto popular,³⁶ no es menos cierto que los candidatos autoidentificados con pueblos indígenas, para cumplir con el criterio de plurinacionalidad establecido en el artículo 197.I de la Constitución, deben ser elegidos por los mecanismos de democracia comunitaria de los pueblos indígenas, de acuerdo con la democracia comunitaria, tal como lo prescribe el artículo 11.II.3 de la Constitución;³⁷ pero como

³⁶ El artículo 198 de la Constitución reza: “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

³⁷ El artículo 11.II de la Constitución señala: “La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley”. Por su parte, la Ley del Régimen Electoral 026, de 30 de junio de 2010, en el marco de los principios de plurinacionalidad, interculturalidad y de complementariedad, en el artículo 4-j consagra el ejercicio de la democracia comunitaria, con equivalencia entre hombres y mujeres, a través de normas y procedimientos propios de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos. Asimismo, el artículo 10 de esta norma, de manera textual señala lo siguiente: “La democracia comunitaria se ejerce mediante el autogobierno, la deliberación, la representación cualitativa y el ejercicio de derechos colectivos, según normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (sic)”. Por su parte, el artículo 91 de la Ley 26 describe el fundamento de la democracia comunitaria y, en este marco, de manera textual señala: “En el marco de la Democracia Intercultural, las naciones y pueblos indígena originario campesinos (sic) ejercen sus derechos políticos de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, en una relación de complementariedad con otras formas de democracia. Las instituciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos forman parte del Estado Plurinacional, por

esto no sucede y todos los candidatos son electos por voto universal, incluidos los autoidentificados con pueblos indígenas, no existe ni existirá una real composición plural y, por ende, el modelo polifónico de justicia plural será una dolorosa utopía.

Luego de escuchar atentamente a su compañera de tertulia, la diosa Themis concluye afirmando la importancia de un modelo polifónico de justicia constitucional con composición plural en el Tribunal Constitucional Plurinacional para así consagrar en su real magnitud un constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador destinado a la construcción plural de derechos en el marco de un pluralismo jurídico de tipo igualitario y de la diversidad de saberes. Mama Oclo responde que esa es una de las tareas pendientes de una academia plural y crítica destinada a un cambio profundo en la institucionalidad del Tribunal Constitucional Plurinacional.

lo que se reconocen sus autoridades y sus normas y procedimientos mediante los que ejercen su derecho al autogobierno”. Es importante señalar también que el artículo 92 de esta ley establece la supervisión para el cumplimiento del ejercicio de la democracia comunitaria y, de manera textual, establece: “En el marco del ejercicio de la Democracia Comunitaria, el Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (Sifde), supervisa el cumplimiento de las normas y procedimientos propios, cuando corresponda. Con este fin, se coordinará con las autoridades indígena originario campesinas para el establecimiento de la metodología de acompañamiento que se adecúe a las características de cada proceso y a sus diferentes etapas. El Órgano Electoral Plurinacional garantiza que el proceso de supervisión no interferirá en el ejercicio de la democracia comunitaria”. También es importante señalar que el artículo 93 de la Ley 026 consagra las garantías para el ejercicio de la democracia comunitaria y, en este marco, señala: “Con el objetivo de salvaguardar el libre ejercicio de las normas y procedimientos propios, en el marco de los valores y principios de cada nación o pueblo indígena originario campesino, el Órgano Electoral Plurinacional garantiza que las normas y procedimientos propios se desarrollen sin interferencias o imposiciones de funcionarios estatales, organizaciones políticas, asociaciones de cualquier índole, poderes fácticos, o de personas u organizaciones ajenas a estos pueblos”. También el artículo 93 de la referida ley señala que “la Democracia Comunitaria no requiere de normas escritas para su ejercicio, salvo decisión de las propias naciones o pueblos indígena originario campesinos. El Órgano Electoral Plurinacional reconoce y protege este precepto prohibiendo cualquier acción o decisión que atente contra el mismo. No se exigirá a estos pueblos y naciones la presentación de normativas, estatutos, compendios de procedimientos o similares”. Con base en lo anotado, si bien la democracia comunitaria está plenamente garantizada, por lo menos a nivel normativo, tal como lo evidencian las disposiciones constitucionales e infraconstitucional descritas, sin embargo, para la elección de magistradas y magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional en el marco del criterio de plurinacionalidad ordenado por el artículo 197.I de la Constitución, este tipo de democracia fue mutilada y los candidatos autoidentificados como miembros de pueblos indígenas –que en muchos casos nunca tuvieron una sola experiencia de justicia comunitaria– fueron sometidos a elección popular según la forma de democracia representativa y no así según la comunitaria.

2.2. Métodos y herramientas constitucionales plurales destinadas a consolidar el vivir bien como fin esencial del Estado

La diosa Themis, luego de observar la ciudad blanca desde la Recoleta,³⁸ invita a su interlocutora a reflexionar sobre los métodos y las herramientas constitucionales que debe utilizar un Tribunal Constitucional Plurinacional en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional. En este escenario, invoca criterios de teoría crítica discutidos con anterioridad con su amigo Antonio Wolkmer, quien cuestiona el modelo racional normativista en aras de la implementación de un modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipadora,³⁹ a partir del cual los órganos de control de constitucionalidad, como es el caso del Tribunal Constitucional Plurinacional, deben aplicar métodos y herramientas plurales que superen la subsunción, la aplicación de formalismos o ritualismos extremos y la construcción de líneas jurisprudenciales desde los escritorios y no así desde la voz de los históricamente oprimidos.

La diosa Themis invoca también a su colega Boaventura de Sousa Santos, fuente esencial de reflexión para mirar el derecho *con los dos ojos* y para despojarse de su mítica venda, quien a partir de la pluralidad de saberes y desde la reivindicación de demandas de colectivos históricamente oprimidos en el Sur, es decir, pueblos indígenas, mujeres, gays, lesbianas u otros, sustenta su invisibilización, entre otras razones, en “una relación fantasmal entre la teoría y la práctica, ya que la teoría no habla con la práctica y la práctica no habla con la teoría”.⁴⁰ Mama Ocllo, luego del silencio de su amiga, sentencia que con este criterio los tribunales constitucionales o las cortes constitucionales que no apliquen métodos plurales destinados a escuchar sin mediación a los históricamente oprimidos se condenan a desarrollar un derecho amparado en líneas jurisprudenciales hegemónicas, jerarquizadas, colonizadoras, descontextualizadas y extremadamente formalistas, las cuales nunca restituirán el equilibrio y la armonía social.

Mama Ocllo, sorprendida con la exposición de su amiga, que trasunta una enorme empatía con las narrativas de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y, en particular, con el constitucionalismo plurinacional, comunitario e intercultural, resalta que un modelo polifónico de justicia constitucional sustenta sus pilares en nuevos métodos y herramientas del derecho constitucional que estén destinados

³⁸ En la ciudad de Sucre se encuentra el Monasterio Franciscano de la Recoleta o Santa Ana de Monte de Sion. En este sitio, además, está el tradicional mirador de la ciudad.

³⁹ Véase Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Introducción y notas de César A. Rodríguez, Bogotá, ILSA, 2003, pp. 19-21; *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, Sevilla, MAD, 2006, pp. 83-84; y también Óscar Correas, “El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante”, en José E. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, 2003, pp. 24-110.

⁴⁰ Boaventura de Sousa, “Introducción a las epistemologías del Sur”, *op. cit.*, pp. 25-61.

a dar voz directa y no mediada a los históricamente oprimidos, para poder así desarrollar construcciones plurales de derechos y superar un derecho hegemónico, jerarquizado y colonialista. Luego de una pausa, aclara que entre estos métodos plurales se tienen los diálogos interculturales, los diálogos interjurisdiccionales, los peritajes antropológico-culturales, las veedurías ciudadanas, los amigos del tribunal, entre otras herramientas dilógicas destinadas a materializar derechos originados en las voces de los históricamente oprimidos, como los pueblos indígenas, las mujeres, especialmente indígenas, los colectivos LGBTIQ y otros colectivos históricamente oprimidos y discriminados.⁴¹

En el marco de lo relatado, Mama Oclo agrega que estos métodos plurales re-dimensionan la cláusula de igualdad, la cual ya no debe ser concebida desde una perspectiva liberal, sino desde una perspectiva plurinacional. Por esta razón, estos métodos plurales, especialmente para pueblos indígenas y sus miembros, a la luz de los alcances del principio constitucional de descolonización, están destinados en el Estado Plurinacional de Bolivia a garantizar los procesos de restitución territorial, reconstitución institucional y mecanismos de igualación,⁴² pero, además, considerando las voces de los *históricamente oprimidos*, estos métodos plurales permiten al Tribunal Constitucional Plurinacional resolver los casos, no con base en la igualdad formal, sino a partir de la diversidad cultural y en consideración de las asimetrías que se generan en sociedades poscoloniales, asimetrías que afectan los derechos colectivos⁴³ e individuales; por ejemplo, de las mujeres indígenas, cuyas problemáticas deben ser analizadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional con un enfoque de interseccionalidad, tal como también lo señaló la Corte IDH.⁴⁴

⁴¹ En armonía con el derecho internacional de los derechos humanos, la cláusula de no discriminación y los criterios prohibidos de discriminación o categorías sospechosas se encuentran en el artículo 14.II de la Constitución boliviana.

⁴² Los procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación fueron consagrados por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Sentencia Constitucional Plurinacional 0778 de 21 de abril de 2014, FJ C.2.

⁴³ El artículo 30 de la Constitución boliviana desarrolla un catálogo abierto de derechos colectivos de titularidad de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos.

⁴⁴ La Corte IDH, en el Caso Inés Fernández vs. México, referente a violencia sexual contra la mujer indígena, aplicó el enfoque de interseccionalidad, es decir, identificó a partir de su condición de mujer indígena las causas múltiples de discriminación que limitaron y suprimieron el ejercicio pleno de derechos (Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215, párrs. 107, 200 y 223). El enfoque de interseccionalidad es absolutamente coherente con una argumentación plural de derechos, pero también se aplica en un contexto de argumentación jurídica plural. Es una herramienta esencial para consolidar que los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección a Derechos generen estándares jurisprudenciales más altos a partir de la diversidad cultural, para que, en el marco del principio de progresividad, sean también asumidos por la Corte IDH, en el contexto de diálogos interjurisdiccionales con enfoque de interculturalidad. Al respecto, véase María Elena Attard, *Repensando los diálogos interjurisdiccionales desde el Abya Yala: la construcción plural de los*

La diosa Themis señala que la utilización de métodos plurales como directriz de un modelo polifónico de justicia constitucional es de gran relevancia constitucional, ya que las líneas jurisprudenciales del máximo intérprete del bloque de constitucionalidad no deben emanar de interpretaciones sesgadas y homogeneizantes diseñadas en un escritorio, sino que, más bien, deben responder a una realidad propia de un contexto intercultural diverso para una construcción plural que parta de la voz de los históricamente oprimidos. Por esta razón, la composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional, con base en la visión de los diversos saberes, es propicia a la aplicación de estos métodos y, por ende, a la vigencia de un modelo polifónico de justicia constitucional.

Al respecto, Mama Oclo refiere que el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0778 de 21 de abril de 2014 ya resalta la importancia de aplicar métodos plurales, como los diálogos interculturales o interjurisdiccionales y los peritajes antropológico-culturales;⁴⁵ empero, luego de rezar la doctrina jurisprudencial descrita, Mama Oclo, notablemente decepcionada, señala que estos métodos plurales de derecho son manifiestamente incumplidos por el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual, aferrado a un constitucionalismo monocultural recalitrante, sigue construyendo desde sus escritorios líneas jurisprudenciales cada vez más contrarias a las voces de los históricamente oprimidos.⁴⁶ Con más nostalgia aún, Mama Oclo afirma que la situación es más grave en el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, especialmente en las llamadas *autorrestricciones jurisprudenciales*, las cuales se configuran como la máxima expresión del colonialismo jurisprudencial y de un constitucionalismo monista que postula un derecho procesal constitucional extremadamente formalista que atenta flagrantemente las bases y los fundamentos del modelo constitucional boliviano.⁴⁷

derechos en un contexto multinivel, Documentos de Trabajo, Serie 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Sociedad Latinoamericana de Derecho Constitucional, 2016.

⁴⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0778 de 21 de abril de 2014, FJ C.7.

⁴⁶ Un ejemplo de estas interpretaciones contrarias al modelo constitucional y que mutilan los procedimientos constitucionales interculturales diseñados por la Constitución es la Declaración Constitucional Plurinacional 0093 de 3 de diciembre de 2018, la cual, en el fundamento jurídico FJ. III.4, establece sin ningún criterio hermenéutico válido que este mecanismo constitucional no es idóneo para la ponderación de derechos individuales y colectivos en conflicto. Además de la grave vulneración a la Constitución, es importante resaltar que esta declaración fue promulgada por la Sala Especializada del Tribunal Constitucional Plurinacional, cuando sus dos miembros, los que suscriben esta decisión, ni siquiera se autoidentifican con la jurisdicción indígena. Para reflexionar sobre las mutilaciones constitucionales por los jueces, véase Paúl Córdova, *¿Tienen los jueces la última palabra?*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.

⁴⁷ Las autorrestricciones jurisprudenciales son óbices procesales desarrollados por la jurisprudencia constitucional que, en mérito a ritualismos o formalismos extremos, evitan que se ingrese al análisis de fondo de la problemática. Estas autorrestricciones son la máxima expresión de la colonialidad de las sentencias constitucionales. Véase Idón Moisés Chivi, "El

La diosa Themis, con profunda tristeza, luego de abrazar su aromática bebida con las dos manos y respirar profundamente, colige que sin métodos plurales el Tribunal Constitucional Plurinacional no puede ser de ninguna manera considerado como un modelo polifónico de justicia constitucional. Luego, con mayor consternación, afirma que esta omisión en la aplicación de métodos plurales socaba los pilares del modelo constitucional establecido en la Constitución boliviana de 2009.

2.3. Construcción plural de derechos según pautas interculturales de interpretación

Mama Oclo, a pesar de la desesperanza exteriorizada, junto a una nueva taza de mate de coca, explicó a su amiga el otro elemento esencial que configura un modelo polifónico de justicia constitucional: la construcción plural de derechos según pautas interculturales de interpretación. La diosa Themis, inquieta por la temática, pide a su interlocutora mayores detalles.

En medio de un ambiente bucólico, Mama Oclo señala que en un loable esfuerzo por materializar la Constitución desde sus pilares esenciales –es decir, desde la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización– y también con la finalidad de generar consensos interculturales que a partir de la diversidad cultural contemplen también los avances del derecho internacional de los derechos humanos –pero ya no desde la única perspectiva del principio de universalidad de derechos, sino más bien desde la complementariedad–, el Tribunal Constitucional Plurinacional, primero en la SCP 1422 de 24 de septiembre de 2012 y luego en la SCP 0778, ha desarrollado el paradigma del vivir bien como pauta intercultural de interpretación de derechos para su construcción plural.⁴⁸

Mama Oclo agrega que esta pauta intercultural de interpretación de derechos consiste en un test intercultural para que el máximo intérprete del bloque de constitucionalidad realice, en el marco de métodos plurales de derechos, una ponderación intercultural y así restituya la armonía y el equilibrio, especialmente en contextos intraculturales, es decir, dentro de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos.

Con base en este test intercultural, el Tribunal Constitucional Plurinacional, especialmente cuando conoce acciones de amparo constitucional, acciones de libertad, acciones populares o cualquier procedimiento constitucional en el cual se analicen decisiones de la nación y el pueblo indígena originario campesino o de sus miembros, no puede abordar el caso desde los principios de universalidad

largo camino de la jurisdicción indígena”, en Boaventura de Sousa y José Luis Exeni (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, Fundación Rosa Luxemburg, Abya-Yala, 2012, pp. 275-379.

⁴⁸ Véase también Julio José Araujo, *Direitos territoriais indígenas. Uma interpretação intercultural*, Rio de Janeiro, Proceso, 2018, p. 56.

de derechos, como las reglas del debido proceso brindadas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Más bien, debe resolver la problemática desde el paradigma del vivir bien, que además responde a un modelo propio del pluralismo jurídico de tipo igualitario, razón por la cual, la compatibilidad con el bloque de constitucionalidad del acto u omisión objeto de análisis, no se visualiza desde reglas positivadas, sino, tal como lo establece este test, se verifica la compatibilidad de la decisión u omisión, primero con valores, procedimientos y cosmovisión de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos y también con otros valores plurales, como la solidaridad, la reciprocidad, la complementariedad, entre otros. En este caso, si existiese incompatibilidad, esta construcción plural de derechos para vivir bien faculta al Tribunal Constitucional Plurinacional a restituir el equilibrio o la armonía, especialmente a partir de una reparación integral de daños con enfoque intercultural, la cual solo será posible a través de métodos plurales de derecho, como los diálogos.⁴⁹

La diosa Themis, luego de escuchar esta narración, con convicción afirma entender ahora la importancia de un Tribunal Constitucional Plurinacional con composición plural y con métodos plurales como los diálogos interjurisdiccionales, ya que solo así, en un marco de pluralismo jurídico de tipo igualitario, podrá aplicarse el paradigma del vivir bien, para que, con base en una ponderación intercultural, se generen consensos interculturales que armonicen la plurinacionalidad con los avances del derecho internacional de los derechos humanos.

De hecho, luego de archivar definitivamente su venta en lo más profundo de su cartera, agrega que el derecho internacional de los derechos humanos tiene importantes avances en cuanto a la interpretación intercultural de derechos, los cuales son plenamente armónicos con el modelo constitucional diseñado en el Estado Plurinacional de Bolivia. En ese marco, frente a la atónita mirada de Mama Ocllo, sustenta que los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT,⁵⁰ ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de junio de 1991, también contienen pautas interculturales

⁴⁹ La reparación de daños con enfoque intercultural propone aplicar toda la doctrina de reparación integral de daños asumida por la Corte IDH, pero con una visión restaurativa acorde con el paradigma del vivir bien; es decir, este enfoque tiene la finalidad de lograr el equilibrio en el marco de los principios de complementariedad, reciprocidad y solidaridad. Véase Fernando Huanacuni, “Vivir bien/Buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales”, en Katu Arkonada (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien o la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, Ministerio de Culturas, 2012, pp. 130-146.

⁵⁰ El artículo 8 del Convenio 169, numeral 1, establece: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Asimismo, señala el artículo 9, numeral 1: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”; numeral 2: “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

de interpretación de derechos que deben ser aplicadas por la jurisdicción ordinaria, especialmente en procesos penales, en los cuales debe sin duda considerarse la diversidad cultural.

Mama Oclo, complacida con la alocución de la diosa Themis, ahora absolutamente desposeída de su venda, la invita a compartir otra traza de mate de coca para seguir abordando los elementos esenciales de un modelo polifónico de justicia constitucional. La diosa Themis acepta gustosa.

2.4. La ruptura del paradigma antropocéntrico y la vigencia del paradigma biocéntrico para vivir bien

Mama Oclo, en medio de su fascinante tertulia con la diosa Themis, observa el naranja intenso del ocaso y propone a su amiga una franca discusión sobre la ruptura del paradigma antropocéntrico, como condición esencial para la vigencia de un modelo polifónico de justicia constitucional. En este escenario, Mama Oclo relata que la Constitución del Ecuador de 2008 y la Constitución boliviana de 2009 plantean una ruptura del modelo antropocéntrico que desde la universalidad fue desarrollado por un constitucionalismo monocultural y hegemónico, el cual construyó catálogos de derechos en relación con el hombre. En cambio, atendiendo a la diversidad cultural y a los dos modelos constitucionales antes señalados, se sustituye el modelo antropocéntrico por un paradigma biocéntrico, en el cual, en coherencia con las diferentes cosmovisiones de los pueblos indígenas, no solo las personas son titulares de derechos, sino también las colectividades, así como la Madre Tierra y todo ser sintiente.

La diosa Themis, con ojos de asombro, requiere más información de su interlocutora. Frente a este pedido, Mama Oclo afirma que la construcción plural de derechos supera conceptos constitucionales monoculturales, por lo que, en este nuevo escenario, la Madre Tierra y todo ser sintiente ya no son objeto de protección, sino titulares de derechos, los cuales a su vez son directamente justiciables a través de un mecanismo esencial de defensa en el modelo constitucional boliviano: la acción popular, la cual tutela derechos con incidencia colectiva.⁵¹ En el contexto antes señalado, Mama Oclo refiere que la ruptura del paradigma antropocéntrico sin duda genera, en un modelo polifónico de justicia constitucional, una composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional, métodos plurales e

⁵¹ El artículo 68 del Código Procesal Constitucional señala que “la Acción Popular tiene por objeto garantizar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la Constitución Política del Estado, cuando ellos por acto u omisión de las autoridades o de personas naturales o jurídicas son violados o amenazados”. La Sentencia Constitucional Plurinacional 1018/2011-R de 22 de junio, en el FJ.III.1.3, señala que la acción popular, en el marco de un catálogo abierto, tutela derechos colectivos y difusos.

interpretaciones interculturales de derecho, para así superar concepciones monoculturales y antropocéntricas de derechos.

La diosa Themis afirma que el rasgo esencial de este paradigma se consigna en el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana de 2008. En el caso boliviano –en armonía con los principios y fundamentos de su Constitución y, especialmente, con la cosmovisión de las naciones y los pueblos indígenas resguardada en su Preámbulo y en los principios ético-morales consagrados en el artículo 8.1, junto con la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien - Ley 300 de 15 de octubre de 2012–, ella es un ejemplo de la vigencia del paradigma biocéntrico, por lo que debe afirmarse la superación en el Estado Plurinacional de Bolivia de los derechos medioambientales por una visión de los derechos de la Pacha Mama o Madre Tierra.

2.5. Procedimientos constitucionales interculturales cuyo desarrollo consagre al máximo el principio de informalismo, la prevalencia de la justicia material y el restablecimiento del equilibrio y la armonía

Luego de sentir el aroma de su bebida, digna de diosas, Mama Ocllo retoma la conversación e intenta sustentar la importancia de la vigencia de procedimientos constitucionales interculturales destinados a restablecer el equilibrio y la armonía en el marco de un paradigma biocéntrico. En este escenario, resalta la importancia que en el modelo constitucional boliviano adquieren algunos procedimientos constitucionales, que sin duda necesitan ser sustanciados ante un Tribunal Constitucional Plurinacional con composición plural, a través de métodos plurales de derechos y según pautas interculturales de interpretación para la construcción plural de derechos.

Mama Ocllo, frente a la atenta mirada de su amiga, la diosa Themis, continúa la narrativa sobre esta temática y con voz firme sostiene que debe repararse en cinco procedimientos constitucionales esenciales en el modelo constitucional boliviano para la defensa de derechos individuales y colectivos, especialmente de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos.⁵² Aclara que estos procedimientos constitucionales de esencia intercultural son: la acción popular; la acción de amparo constitucional; la acción de libertad; la consulta de autoridades de naciones y pueblos indígenas en relación con la aplicación de sus normas y procedimientos; y los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental.

⁵² Si bien estos cinco procesos constitucionales son esenciales en el modelo polifónico de justicia constitucional, existen también otros procedimientos constitucionales importantes que deben ser resueltos por el Tribunal Constitucional Plurinacional, entre ellos, las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta.

Mama Oclo señala que la acción popular es un mecanismo de control tutelar regulado por el artículo 135 de la Constitución. En su ámbito de protección se encuentran los derechos con incidencia colectiva, los cuales se acomodan al cambio de paradigma, es decir, al biocéntrico. Por esta razón es que en el modelo constitucional boliviano todos los derechos colectivos de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, los derechos de la Madre Tierra y de todo ser sintiente, así como otros derechos difusos, como los referentes a la seguridad y salubridad pública, los derechos de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores, entre otros, tienen en el modelo constitucional boliviano un mecanismo de directa justiciabilidad a través de la acción popular,⁵³ la cual tiene una faceta preventiva, en mérito de la cual debe regir el principio precautorio,⁵⁴ y una faceta reparadora. En ambos casos será esencial aplicar las herramientas plurales del control de constitucionalidad, las pautas interculturales de interpretación de derechos y, por supuesto, será esencial una composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional y también de los vocales de las salas constitucionales.⁵⁵

Mama Oclo señala también que la acción de amparo constitucional se configura como otro procedimiento constitucional intercultural para la tutela de derechos subjetivos, que adquiere gran relevancia en la protección de derechos, especialmente respecto de miembros de pueblos indígenas. Por eso, a través de esta acción, el control tutelar de constitucionalidad debe aplicar el paradigma del vivir bien, que ya fue explicado, y también métodos plurales de derecho constitucional.⁵⁶

Por su parte, la acción de libertad se encuentra regulada en el artículo 125 de la Constitución boliviana y también, tal cual lo señaló la SCP 1422, sus postulados deben ser interpretados de acuerdo con criterios flexibles que eviten ritualismos extremos, especialmente para el caso de miembros de pueblos indígenas.⁵⁷ Frente

⁵³ El artículo 109.I de la Constitución consagra los tres grandes principios del modelo constitucional para la eficacia de derechos: la igual jerarquía de derechos, su directa aplicación y la justiciabilidad de todos los derechos en el marco de su igual jerarquía.

⁵⁴ Desde la perspectiva procesal constitucional, el principio precautorio tiene tres consecuencias esenciales: la inversión de la carga de la prueba, la flexibilización de todo ritualismo o formalismo procesal y la aplicación del principio de favorabilidad, en caso de duda.

⁵⁵ Mediante la Ley 1104 de 27 de septiembre de 2018 se crearon salas constitucionales dentro de la estructura de los tribunales departamentales con dependencia funcional del Tribunal Constitucional Plurinacional. Estas salas en las capitales de departamentos conocen las cinco acciones tutelares consagradas en la Constitución (acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento y acción popular). Estas acciones van en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

⁵⁶ El artículo 51 del Código Procesal Constitucional señala que “la Acción de Amparo Constitucional tiene el objeto de garantizar los derechos de toda persona natural o jurídica, reconocidos por la Constitución Política del Estado y la Ley, contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de las y los servidores públicos o particulares que los restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir”.

⁵⁷ Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 1422 de 24 de septiembre de 2012, FJ III.1. El artículo 125 de la Constitución señala: “Toda persona que

al amplio interés que la temática suscita en la diosa Themis, Mama Ocllo señala que otro procedimiento constitucional intercultural digno de realce es la consulta de autoridades de naciones y pueblos indígenas originarios campesinos en relación con la aplicación de sus normas, procedimiento constitucional que se encuentra regulado en el artículo 202.8 de la Constitución y 128 del Código Procesal Constitucional.⁵⁸

Luego de escuchar esta introducción, la diosa Themis interrumpe la narración y señala que este es un procedimiento paradigmático en derecho constitucional comparado. Mama Ocllo asiente y señala que este procedimiento constitucional es la máxima expresión del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador y tiene la finalidad de materializar un diálogo interjurisdiccional entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la justicia constitucional, aspecto que se configura como un rasgo esencial del modelo polifónico de justicia constitucional y que supera el criterio tradicional y eurocéntrico del control concentrado de constitucionalidad, ya que el fundamento de este procedimiento no es la jerarquía, sino el diálogo interjurisdiccional en el marco de herramientas plurales que debe utilizar un Tribunal Constitucional Plurinacional con composición plural.

Asimismo, Mama Ocllo sostiene que otro procedimiento constitucional esencial para configurar un modelo polifónico de justicia constitucional es el conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria o agroambiental, el cual se encuentra regulado en el artículo 202.11 de la Constitución boliviana y el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.⁵⁹ Este procedimiento se sustenta en un pluralismo jurídico igualitario, en el cual, tal como reza el artículo 169 de la Constitución, la jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y las especializadas tienen la misma jerarquía y, en caso de conflictos de competencia, se someten al Tribunal Constitucional Plurinacional.

Luego de un profundo suspiro, la diosa Themis afirma que estos procedimientos constitucionales interculturales plasman la esencia de un modelo polifónico de justicia constitucional, que difiere sustancialmente tanto de las características y visión de un sistema jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad como de un sistema jurisdiccional difuso de control de constitucionalidad. Mama Ocllo asiente

considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad”.

⁵⁸ El artículo 128 del Código Procesal Constitucional señala: “Las consultas de Autoridades Indígena Originaria Campesinas, sobre la aplicación de sus normas a casos concretos, tienen por objeto garantizar que dichas normas guarden conformidad con los principios, valores y fines previstos en la Constitución Política del Estado”.

⁵⁹ El artículo 100 del Código Procesal Constitucional establece: “El Tribunal Constitucional Plurinacional resolverá los conflictos de competencias entre las Jurisdicciones Indígena Originaria Campesina, Ordinaria y Agroambiental”.

y señala que, por las razones tan bien expuestas por su compañera de tertulia y amiga, según los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, este modelo polifónico de justicia constitucional es acorde con la expresión sistema plural de control de constitucionalidad utilizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional, aunque lo cierto es que los formalismos extremos y la tendencia a un constitucionalismo monocultural, en la mayoría de los casos desnaturalizan este mecanismo constitucional.

3. Avatares, esperanzas y desencuentros constitucionales en el Estado Plurinacional de Bolivia

Luego de beber el último sorbo de su taza de mate de coca, la diosa Themis, pensativa, desde la recoleta flanqueada por el Churuquilla y el Sica Sica, observa la ciudad blanca y sus siglos de historia y, con voz temblorosa, pregunta a su compañera de tertulia si se aplica un modelo polifónico de justicia constitucional en el Estado Plurinacional de Bolivia. Mama Ocllo, notablemente afectada, responde que no.

Después de un marcado silencio, Mama Ocllo, con la mirada fija en la ciudad, explica que el proceso constituyente boliviano, desde los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, diseñó un Tribunal Constitucional Plurinacional enmarcado en un modelo polifónico de justicia constitucional, con composición plural, aplicación de métodos plurales y dialógicos, pautas interculturales de interpretación para la construcción plural de derechos y procedimientos constitucionales eficaces para la materialización del bloque de constitucionalidad con enfoque de interculturalidad; sin embargo, a diez años de vigencia de la Constitución de 2009, ninguno de estos lineamientos se han cumplido y nuevamente un constitucionalismo monocultural rige en franca disputa con un constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador.

La diosa Themis, luego de observar su venda depositada en el fondo de su cartera, consuela a su amiga señalando que una academia plural y crítica será esencial para superar una cultura constitucional monocultural, excluyente, formalista y clientelar que desconoce todos los avances y reivindicaciones que confluyeron en el proceso constituyente boliviano. Mama Ocllo afirma también que esta academia plural y crítica debe ser una herramienta para luchar contra una cultura jurídica vendada que afecta a la mayoría de autoridades jurisdiccionales en el Estado Plurinacional de Bolivia, y agrega que deben ser los históricamente oprimidos quienes tengan el rol protagónico para un nuevo rostro de la justicia boliviana. Luego de estas reflexiones, ambas sellan su amistad y compromiso con el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador a través de un fraterno abrazo.

Bibliografía

- ARAUJO, Julio José, *Direitos Territoriais Indígenas. Uma interpretação intercultural*, Rio de Janeiro, Proceso, 2018.
- ARIZA, Rosembert, “Derecho aplicable”, en Juan Carlos MARTÍNEZ, Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Guatemala, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 45-58.
- ATTARD, María Elena, *Repensando los diálogos-interjurisdiccionales desde el Abya Yala: la construcción plural de los derechos en un contexto multinivel*, Documentos de Trabajo, Serie 10, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Sociedad Latinoamericana de Derecho Constitucional, 2016. Disponible en: <https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2016/08/DOC-DE-TRABAJO-SLADI-10-2.pdf>
- CASTRO, Santiago, “La poscolonialidad explicada a los niños”, en José Luis SAAVEDRA (comp.), *Teorías y políticas de descolonización y decolonialidad*, Cochabamba, Verbo Divino, 2009.
- CHIVI, Idón Moisés, “El largo camino de la jurisdicción indígena”, en Boaventura DE SOUSA y José Luis EXENI (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, La Paz, Fundación Rosa Luxemburg, Abya-Yala, 2012.
- CÓRDOVA, Paúl, *¿Tienen los jueces la última palabra?*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- CORREAS, Óscar, “El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante”, en José E. ORDÓÑEZ (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, IV Jornadas Lascasianas, México, UNAM, 2003.
- DE SOUSA, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la post-modernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre, Uniandes, 1998.
- _____, *La globalización del derecho*, Bogotá, UN, ILSA, 1998.
- _____, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, vol. I, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2003.
- _____, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- _____, *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*, 3ª. ed., São Paulo, Cortez, 2010.
- _____, “Introducción a las epistemologías del Sur”, en María Paula MENESES y Karina BIDASECA (coords.), *Epistemologías del Sur*, Buenos Aires, Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra, Clacso, 2018.
- ESTERMANN, Josef, *Filosofía andina*, La Paz, Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología, 2009.
- GLADSTONE, Leonel, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia*, La Paz, Molina & Asociados, 2017.

- HÄBERLE, Peter, “La constitución como cultura”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 177-198.
- HOEKEMA, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, Colección El Otro Derecho, núm. 26-27, Bogotá, ILSA, 2002.
- HUANACUNI, Fernando, “Vivir bien/Buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales”, en Katu ARKONADA (coord.), *Transiciones hacia el vivir bien o la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia*, La Paz, Ministerio de Culturas, 2012.
- MARTÍNEZ, Rubén, “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática”, en Rubén MARTÍNEZ (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2014.
- MARTÍNEZ, Rubén y Roberto VICIANO, “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 7-29.
- _____, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, 2011, pp. 1-24.
- _____, “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *Debates Constitucionales en Nuestra América*, núm. 48, 2015, pp. 58-67.
- MÉDICI, Alejandro, “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”, *Otros Logos. Revista de Estudios Críticos*, año 1, núm. 1. Disponible en: <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf>
- MENESES, María Paula, “Ampliando las epistemologías del sur a partir de los saberes: diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique”, *Revista Andaluza de Antropología*, núm. 10, 2016.
- PADILLA, Andrea, “El giro judicial del movimiento animalista y el naciente derecho de los animales no humanos en las altas cortes colombianas”, *Controversia*, núm. 204, 2014. Disponible en: [https://www.revistacontroversia.com/index.php?journal=controversia&page=article&op=viewFile&path\[\]=182&path\[\]=pdf_9](https://www.revistacontroversia.com/index.php?journal=controversia&page=article&op=viewFile&path[]=182&path[]=pdf_9)
- PANIKKAR, Raimon, *Sobre el diálogo intercultural*, Salamanca, San Esteban, 1990.
- QUIJANO, Aníbal, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, Argentina, Clacso, 2014, Disponible en: <https://marxismocritico.files.wordpress.com/2012/07/1161337413-anibal-quijano.pdf>.
- ROJAS, Farith, “Nuevas condiciones de lenguajes de los derechos desde los pueblos indígenas”, en *Neoconstitucionalismo, derechos humanos y pluralismo. Homenaje al profesor Néstor Pedro Sagüés*, Sucre, Colegio de Abogados de Chuquisaca, Fundación Tribuna Constitucional, 2010.
- SÁNCHEZ, Esther, “Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico”, Primer Congreso Latinoamericano “Justicia y Sociedad”, Universidad Nacional de Colombia, 20 al 24 de octubre de 2003. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/>

- atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf
- SCHAVELZON, Salvador, *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente*, La Paz, Plural, 2012.
- STORINI, Claudia, “Pluralismo popular como paradigma de un constitucionalismo de la diferencia”, en Claudia STORINI (ed.), *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*, Serie Estudios Jurídicos, vol. 41, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- TUBINO, Fidel, “La interculturalidad crítica como proyecto ético-político”, Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima, 2005. Disponible en: <http://www.oalagustinos.org/edudoc/LAINTERCULTURALIDADCR%C3%8DTICACOMOPROYECTO%C3%89TICO.pdf>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, “Pluralismo jurídico igualitario”, Unidad de Descolonización, Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. 040 de 2013.
- _____, “El vivir bien”, Unidad de Descolonización, Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. 025 de 2013.
- _____, “Una herramienta para valorar el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización”, *Comprensión plural de los derechos y garantías constitucionales y herramientas para el desarrollo del pluralismo jurídico*, Sucre, Unidad de Descolonización, 2017.
- WALSH, Catherine, “El Estado Plurinacional e Intercultural”, en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comps.), *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, Abya-Yala, 2009.
- _____, *Interculturalidad y plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2008. Disponible en: <http://www.reduii.org/cii/sites/default/files/field/doc/Interculturalidad%20y%20Plurinacionalidad.pdf>
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, introducción y notas de César A. Rodríguez, Colección en Clave de Sur, Bogotá, ILSA, 2003.
- _____, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, MAD, 2006.
- YRIGOYEN, Raquel, “Hacia una jurisprudencia pluralista, Derecho penal y pluralidad cultural”, *Anuario de Derecho Penal*, 2006, pp. 377-415. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_20.pdf
- _____, “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Mikel BERRAONDO (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- _____, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

Juan C. Herrera* (Colombia)

Diálogo judicial y constitucionalismo transformador en América Latina: el caso de los pueblos indígenas y afrodescendientes**

RESUMEN

Este artículo describe y analiza un ejemplo de diálogo judicial transformador entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. Para pocos es un secreto que estos tribunales se han tomado en serio los derechos a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas y afrodescendientes, motivo por el cual se estudiaron integralmente sus líneas jurisprudenciales durante 25 años sobre el tema, periodo que coincide con esta edición especial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* relacionada con los avances, cambios y desafíos en materia constitucional de las últimas décadas. Aunque se presentan tablas detalladas con todos los casos y estadísticas, la investigación se centra en el histórico precedente de la Corte Interamericana *Saramaka vs. Suriname* (2007) y en la Sentencia T-129 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia, de donde ha surgido el estándar de protección más plausible en la materia. Adicionalmente, se expone la relevancia del “consentimiento vinculante” como alternativa al problemático “poder de veto”.

* Investigador posdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg. juan.herrera@upf.edu

** Una versión más amplia del presente artículo fue publicada originalmente en inglés con el título: “Judicial dialogue and transformative constitutionalism in Latin America: The case of indigenous peoples and afro-descendants”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, mayo-agosto de 2019, pp. 191-233. Traducción de Carolina Ochoa Gutiérrez con revisiones posteriores del autor. Quisiera expresar mi gratitud por sus acertadas y esclarecedoras críticas a Aida Torres, Ander Errasti, Andrés del Castillo, Carlos Baquero, César Carvajal, Kehinde Balogun, Manuel Góngora, Óscar Parra, Pedro Villarreal y Roy Lee; también por sus comentarios e ideas a los participantes en los seminarios y las conferencias donde fueron discutidas versiones previas del artículo [ICON-S Conferencia Anual 2017 (Copenhague 07-07-2017), III Conferencia Internacional en Política Pública ICCP3 (Singapur 06-28-2017), MPIL Agora (Heidelberg 20-04-2017), Coloquio Internacional en Derecho y Sociedad, Universidad de Barcelona (Barcelona 09-09-2016) y seminarios de Derecho Constitucional en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona 07-0-2016)]. Investigación financiada por Colciencias.

Palabras clave: afrodescendientes, constitucionalismo transformador, Corte Constitucional de Colombia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho a la consulta previa, libre e informada, diálogo judicial, pueblos indígenas.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beschreibt und analysiert ein vollständiges Beispiel für den transformativen Justizdialog zwischen dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte und dem kolumbianischen Verfassungsgerichtshof. Es dürfte weitgehend bekannt sein, dass die genannten Gerichte das Recht der indigenen Völker und der Bevölkerung afrikanischer Abstammung auf vorherige, freie und informierte Anhörung ernst nehmen. Daher erfolgte eine umfassende Untersuchung der Grundlinien ihrer Rechtsprechung über einen Zeitraum von fünfundzwanzig Jahren, das heißt über einen Zeitraum, der sich mit dieser Sonderausgabe des Jahrbuchs für Lateinamerikanisches Verfassungsrecht deckt, die sich mit den verfassungsrechtlichen Fortschritten, Änderungen und Herausforderungen in den vergangenen Jahrzehnten befasst. Die Untersuchung enthält zwar detaillierte tabellarische Darstellungen zu sämtlichen Fällen sowie Statistiken, befasst sich jedoch schwerpunktmäßig mit dem vor dem IAGMR verhandelten historischen Präzedenzfall Saramaka gegen Suriname (2007) und dem 2011 ergangenen Urteil T-129 des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs, aus denen der plausibelste Schutzstandard auf diesem Gebiet abgeleitet wurde. Darüberhinaus wird die Relevanz des „verbindlichen Einverständnisses“ als Alternative zum problematischen „Vetorecht“ dargelegt.

Schlagwörter: Transformativer Konstitutionalismus, kolumbianischer Verfassungsgerichtshof, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Recht auf vorherige, freie und informierte Anhörung, Justizdialog; indigene Völker.

ABSTRACT

This article describes and analyzes a comprehensive example of transformative dialogue between the Inter-American Court of Human Rights and the Constitutional Court of Colombia. It is no secret that these courts have taken seriously the rights of indigenous and Afro-descendant peoples to prior, free and informed consultation, which is why their jurisprudential lines on the subject have been comprehensively studied for twenty-five years, a period that coincides with this special edition of the Latin American Constitutional Year-book related to the constitutional advances, changes and challenges of recent decades. Although detailed tables of cases and statistics are presented, the research is focused on the historical precedent of the Inter-American Court case of Saramaka v. Suriname (2007) and on Decision T-129 of 2011 of the Constitutional Court of Colombia, from which the most plausible standard of protection in this area has emerged. In addition, the article discusses the relevance of “binding consent” as an alternative to the problematic “veto power.”

Key words: Afro-descendants, transformative constitutionalism, Constitutional Court of Colombia, Inter-American Court of Human Rights, right to prior, free and informed consultation, judicial dialogue, indigenous peoples.

Introducción

El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas y afrodescendientes en asuntos que tienen el potencial de afectar sus intereses y territorios se ha convertido en una de las herramientas más poderosas que el derecho positivo y jurisprudencial ha creado en décadas recientes para proteger los derechos colectivos de estas poblaciones.¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Constitucional de Colombia (CCC) se han convertido en una especie de *faros* que irradian principios y valores supranacionales fundamentales para la consolidación del constitucionalismo transformador en la región.² En otras palabras, estos dos tribunales han establecido un diálogo supranacional por encima de preconcepciones jerárquicas o verticales.

En cuanto a la cuestión indígena en el contexto constitucional latinoamericano, Gargarella pregunta “¿cómo resolver, entonces, las cuestiones planteadas por las tensiones emergentes entre los derechos e intereses de grupos indígenas y los derechos e intereses del resto de la población?”³ Este estudio articula una respuesta a esa pregunta presentando los más relevantes y actuales estándares de jurisprudencia de acuerdo con las cortes mencionadas (secciones 1 y 2). En términos generales, esta investigación complementa y analiza críticamente la jurisprudencia y los fundamentos jurídicos del derecho al CLPI, centrándose en la cuestión del consentimiento vinculante. Por esta razón, este artículo no proporciona una revisión empírica de cómo se implementa el derecho a la consulta previa. En cambio, desarrolla una serie de argumentos y explicaciones para destacar los principales aspectos de este ejemplar diálogo judicial transformador.

En esta misma línea argumentativa, se proporcionan razones de peso para no entender la consulta previa en términos de quién veta a quién (sección 3). En la sección 4, el estudio explica las razones para considerar esta jurisprudencia como un ejemplo emblemático de diálogo y aclara algunos problemas que enfrentan el diálogo y la expansión del derecho constitucional en la región, en particular en el marco del *ius commune* latinoamericano. Finalmente, este análisis apunta a la integración

¹ Acerca del origen y el significado de la categoría consentimiento libre, previo e informado (CLPI) (FPIC - *free, prior and informed consent*), véase P. Hanna y F. Vanclay, “Human rights, indigenous peoples and the concept of free, prior and informed consent”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 146-157.

² Ver A. Von Bogdandy et al. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Acerca de los orígenes, véase I. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal of Human Rights*, vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 146-188, 146.

³ R. Gargarella, *Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 180-181. Las referencias en inglés también han sido traducidas y revisadas (N. del T.).

regional como una “pieza” fundamental para articular un constitucionalismo común, transformador y dialógico para la región.

1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado un papel vital en la protección de los derechos de las comunidades al establecer un estándar de protección conforme con la perspectiva del constitucionalismo transformador.⁴ La jurisprudencia de la Corte exige un nivel prominente de protección y el imperativo de reconocer el CLPI. Por tanto, el espectro de protección debe

Tabla 1. Jurisprudencia de la Corte IDH en materia de consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes y de protección de sus territorios

	Caso	Año	Tema central	Decisión
1	Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua	2001	Carreteras y deforestación	Concedida
2	Yakye Axa vs. Paraguay	2005	Tierras ancestrales y desplazamiento	Concedida
3	Moiwana vs. Suriname	2005	Desplazamiento y dignidad	Concedida
4	Sawhoyamaxa vs. Paraguay	2006	Agricultura y tierras tradicionales	Concedida
5	Saramaka vs. Suriname* (Sentencia hito)	2007	Represa, deforestación y minería de oro	Concedida
6	Xámok Kásek vs. Paraguay	2010	Tierras ancestrales y reserva natural	Concedida
7	Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*	2012	Extracción de petróleo	Concedida
8	Kuna y Emberá vs. Panamá	2014	Represa y ocupación irregular	Concedida
9	Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*	2015	Ocupación ilegal de territorios y falta de protección	Concedida
10	Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs. Honduras*	2015	Delimitación y protección de territorios	Concedida
11	Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*	2015	Tierras ancestrales e industrias extractivas	Concedida

Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte IDH (www.corteidh.or.cr/), enero de 2018. Todos los textos están hipervinculados para consulta directa.

⁴ “El constitucionalismo transformador busca empoderar las instituciones políticas y sociales (supuestamente deficientes) de un país acercándolas a los conjuntos de principios, valores y prácticas plasmados en el texto constitucional”. (D. Landau, “A dynamic theory of judicial role”, *Boston College Law Review*, vol. 55, núm. 5, 2014, p. 1535).

considerar las particularidades de cada grupo indígena y afrodescendiente, así como sus diferentes métodos de relación con el territorio y cosmovisiones. Por ejemplo, para algunos pueblos afrodescendientes la relación con la tierra y los recursos naturales no tiene el carácter de deidad. Aclarado lo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha ocupado de la materia en los casos ilustrados en la tabla 1.

La Corte IDH se ha pronunciado directamente sobre la consulta previa en los casos marcados con asterisco (*) en la tabla 1. Debido a las significativas consideraciones del tribunal acerca del territorio, la tabla también contiene los casos en que el tribunal estudió la protección de pueblos indígenas y afrodescendientes. Dada la estructura del sistema interamericano, contrario al que hay en Europa, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) decide cuáles casos deben ser estudiados por la Corte IDH. Este “filtro” y la severidad de las violaciones pueden explicar por qué en todos los casos estudiados los jueces interamericanos han declarado la responsabilidad internacional de los Estados y han concedido la protección.

En cuanto a la esencia de la protección, la Corte del continente americano aplica el artículo 25 de la Convención en lo relacionado con el derecho a un recurso efectivo. Por otra parte, utiliza el artículo 22 relativo a la libre circulación, mientras que en los artículos 4 y 5 vincula los derechos a la vida y a la integridad física vulnerados con frecuencia. Tomando en consideración la violación de esos derechos, en especial de las garantías adquiridas por las comunidades sobre el territorio que han habitado desde tiempos inmemoriales, el sistema interamericano ha exhortado a los Estados a cambiar legislación y estatutos con el fin de proteger derechos colectivos. Además, la Corte ha enfatizado que el reconocimiento sobre la violación del derecho a la consulta previa es un mecanismo de reparación –material y simbólica– de estas comunidades afectadas.⁵

Dentro de la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre consentimiento,⁶ sobresale como sentencia hito⁷ la *Saramaka vs. Suriname* de 2007.⁸ Aquí, la Corte estudió su propio precedente y procedió a resolver el problema de la comunidad indígena de este Estado suramericano, el cual autorizó varias intervenciones en territorios de comunidades indígenas, como una represa, deforestación y minería. Representantes de la comunidad argumentaron que Surinam ignoró el consenso del pueblo saramaka en cuanto a intervenciones de alto impacto en sus territorios,

⁵ L. Cornejo, “New remedial responses in the practice of regional Human Rights Courts: Purposes beyond compensation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 372-392.

⁶ Para un excelente estudio de la jurisprudencia previa al Caso Saramaka, véase J. M. Pasqualucci, “The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 281-322, 281.

⁷ Sobre las clases de sentencias dentro de una línea jurisprudencial y el significado de “hito”, véase D. López, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2011, pp. 161 y ss.

⁸ Corte IDH, *Caso Saramaka People vs. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172.

expresado en: a) el número de personas desplazadas en el área, b) la ausencia de indemnización para los desplazados, c) la falta de acceso a electricidad, d) las dolorosas consecuencias de la represa, e) la reducción de los recursos naturales, f) la destrucción de lugares sagrados, g) el irrespeto para con los restos de ancestros fallecidos, entre otros.

La decisión no solo se relaciona con la relevancia de la consulta previa. Adicionalmente, la Corte IDH declara que los Estados deberán: 1) proteger la participación efectiva de las comunidades de acuerdo con sus costumbres y tradiciones en el proceso de desarrollo, inversión, explotación o extracción en su territorio; 2) garantizar que las comunidades indígenas reciban los beneficios de las intervenciones en sus territorios; y 3) asegurar que no hagan concesiones en los territorios de comunidades protegidas, a menos que tenga lugar un plan social y medioambiental previo. Sin embargo, la parte más novedosa de la decisión determinó que: 4) estas condiciones serían aplicadas en todos los casos que involucren inversiones a gran escala, las cuales tienen el mayor impacto dentro del territorio de poblaciones protegidas. Por tal razón, de acuerdo con las costumbres y tradiciones específicas, es deber del Estado no solo consultar con las comunidades, sino también obtener su *consentimiento libre, previo e informado*.⁹

En conclusión, en ocasiones los pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina deben abordar intervenciones con profundos desafíos sociales y económicos. Entre ellos están: la pérdida de sus territorios tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos y la destrucción y contaminación de su entorno tradicional. El caso Saramaka señaló un camino integral para la protección jurisprudencial que ha sido confirmada en casos subsiguientes.¹⁰ En el Caso Xámok Kásek vs. Paraguay (2010), la Corte IDH se refirió al precedente de Saramaka en catorce ocasiones; en Sarayaku vs. Ecuador (2012) y en Comunidad Garífuna Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras (2015), citó la decisión de Saramaka cerca de veinte veces. Incluso, en litigios más recientes, el Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname (2015), efectuó más de setenta referencias directas al caso Saramaka y ha determinado profundamente la relevancia del consentimiento para proteger con efectividad los derechos involucrados.

Saramaka es un caso emblemático que estableció una protección sistemática de la autonomía y el autogobierno indígena, conforme a una perspectiva multicultural.¹¹ Desde la publicación de este precedente, las decisiones de las comunidades no deben ser solo “consideradas” o “socializadas”, sino que reafirman la existencia de “un

⁹ *Ibid.*, párrs. 133-137.

¹⁰ Véase J. Schönsteiner, A. Beltrán y Puga, y D. A. Lovera, “Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2011, pp. 362-389, 382-383.

¹¹ ¿Cuáles roles ha jugado el concepto de multiculturalismo en el discurso de los derechos humanos? Una respuesta poderosa se puede encontrar en D. McGoldrick, “Multiculturalism and its Discontents”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2005, pp. 27-56, 27.

derecho a la consulta, y donde sea aplicable, un deber de obtener consentimiento”.¹² Los efectos de este precedente van incluso más allá de la región latinoamericana y es posible ver el surgimiento de un diálogo entre los sistemas regionales de derechos humanos y el sistema internacional de derechos humanos.

De este modo, se ha señalado un refuerzo mutuo entre el sistema interamericano y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples - UNDRIP) y la dirección del Relator Especial de las Naciones Unidas, quien también contempla el requisito del CPLI en la mencionada declaración. De hecho, se puede decir que es la adopción de la UNDRIP lo que ha impulsado la transición hacia un mayor reconocimiento del CPLI dentro de mecanismos y cortes internacionales, regionales y nacionales.¹³ Por otra parte, en el sistema africano, su Comisión y su Corte se han basado en algunos precedentes interamericanos para precisamente fundamentar casos relacionados con grupos indígenas y tribales en esa región.¹⁴

2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

2.1. Contextualización

Académicos del derecho público han mostrado un creciente interés por el *proactivismo* de la Corte Constitucional de Colombia¹⁵ y el papel transformador de algunos de sus precedentes.¹⁶ De hecho, la consulta previa y los derechos indígenas son uno

¹² Para un análisis detallado del caso, véase E. Olivares, “Indigenous Peoples’ Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence from the Inter-American System of Human Rights”, *Gottingen Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 187-204, 187.

¹³ Véase L. Rodríguez, *The Inter-American System and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Mutual Reinforcement*, en S. Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Londres, Hart Publishing, 2011, pp. 457-484; M. Barelli, “Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 1, 2012, pp. 1-24.

¹⁴ Véase, entre otros, B. Saul, *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Londres, Bloomsbury, 2016, p. 163; o la reciente oportunidad perdida en el Caso African Commission on Human and Peoples’ Rights vs. Republic of Kenya, Aplicación 006 de 2012, Sentencia del 26 de mayo de 2017.

¹⁵ D. Landau, “The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America”, *George Washington International Law Review*, vol. 37, núm. 3, 2005, pp. 687-744, 736.

¹⁶ R. Uprimny, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en R. Gargarella y T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 127.

de los ejemplos en los que es posible encontrar un buen referente de compromiso vigoroso con el constitucionalismo transformador.¹⁷

En Colombia, antes de la Constitución de 1991, los grupos y las personas de las poblaciones indígena, afrocolombiana, isleña raizal, palenquera y Rom estaban “por fuera de la Constitución”.¹⁸ Después de la(s) independencia(s), estas comunidades fueron obligadas voluntaria o involuntariamente a residir en áreas periféricas como la región del Amazonas en el sur, la costa del Pacífico en el occidente y el Caribe en el norte. Asimismo, el proceso de “desarrollo” reforzado y comandado por ciudades principales –como Bogotá, con más de ocho millones de habitantes en el centro del país; Medellín, con 3,7 millones en el noreste; Cali, con 2,9 millones en el sur; o Barranquilla, con 1,8 millones en el norte– representa una amenaza directa para los grupos mencionados.¹⁹

En los últimos cincuenta años, se han visto avances y desarrollos cada vez más rápidos en centros urbanos y de producción industrial tanto en la esfera nacional como internacional. La sobrepoblación y otros factores vinculados al desarrollo han creado un problema de al menos dos aristas principales. Por un lado, actores nacionales e internacionales están explorando y explotando los recursos naturales en áreas donde estas comunidades han vivido durante siglos. Por otro lado, la violencia cíclica del país en algunos casos y la influencia *occidental* en otros están presionando a grupos y a familias a desplazarse de pequeñas comunidades rurales hacia áreas urbanas.²⁰ Estos cambios dramáticos a menudo resultan en una calidad de vida inadecuada y en algunos casos están llevando a estos grupos vulnerables al borde de la indigencia o la mera supervivencia.²¹

¹⁷ M. J. Cepeda y D. Landau, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Nueva York, Oxford University Press, 2017, p. 241.

¹⁸ R. Gargarella, “‘We the People’ outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.

¹⁹ La población total de Colombia para 2005 fue de 42.888.592 habitantes; la proyección 2017 estaba en alrededor de 49.000.000. Las comunidades indígenas son aproximadamente 3,43% del total de la población, 10,62% son afrocolombianos, 0,01% son Rom y el 85,94% clasificamos como sin etnia (DANE, *Colombia, una nación multicultural, su diversidad étnica*, Bogotá, DANE, 2007).

²⁰ Cerca de 50% de los pueblos indígenas latinoamericanos se ha desplazado a centros urbanos. Véase World Bank, *Indigenous Latin America in the Twenty-First Century: The First Decade*, Washington, World Bank Group, 2015, pp. 17-27.

²¹ Por ejemplo, el caso de la comunidad nukak makú. Más del 50% de su población ha sido desplazada de sus territorios nómadas tradicionales debido al conflicto armado o por las acciones de colonos. La población es estimada en 450-550 sobrevivientes (R. Stavenhagen, *Peasants, Culture and Indigenous Peoples: Critical Issues*, Heidelberg, Springer-Colegio de México, 2013, pp. 151-152).

2.2. Protección legal y constitucional²²

La Constitución de Colombia de 1991 tiene disposiciones que directamente protegen a los pueblos indígenas y contemplan la plataforma perfecta para los derechos de participación de estos grupos, que históricamente han estado sujetos a discriminación. Las disposiciones más relevantes son: el artículo 7 (diversidad étnica y cultural), el artículo 10 (lenguas), el artículo 40 (participación ciudadana), el artículo 171 (circunscripción especial para comunidades indígenas en el Senado) y los artículos 246, 286, 287, 329 y 330 (sobre territorios indígenas como entidades administrativas, y sobre facultades, gestión, jurisdicción judicial y desarrollo de políticas). La elevación a rango constitucional de los artículos mencionados fue equivalente a una pequeña revolución, en la medida en que en tiempo récord desarrolló estratégicamente aspectos relevantes del Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Tabla 2. Consulta previa y derechos de los pueblos indígenas en la Constitución Política de Colombia (art. 330)

(i)	Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
(ii)	Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
(iii)	Promover inversiones públicas en sus territorios y asegurar su debida ejecución.
(iv)	Percibir y distribuir sus recursos.
(v)	Velar por la preservación de los recursos naturales.
(vi)	Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
(vii)	Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno nacional.
(viii)	Representar a los territorios ante el Gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren.
(ix)	Las que les señalen la Constitución y la ley.
(x)	Propiciar la participación de las comunidades en materia de explotación de recursos sin perjuicio de la integridad de estos.

Fuente: Compilación del autor.

²² Las referencias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia serán identificadas con el estilo usado por el tribunal. Por ejemplo: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011. Los precedentes son fáciles de encontrar en la página de la Corte (www.corteconstitucional.gov.co) y están hipervinculadas en las tablas 3 y 4 del Apéndice de este artículo.

El artículo 330 constitucional es la principal fuente de conexión entre la consulta previa y los derechos de los pueblos indígenas. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas están gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y las costumbres de sus comunidades y ejercen las funciones señaladas en la tabla 2.

Como parte esencial del núcleo de protección, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 estableció el siguiente mandato:

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto a dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

La constitucionalización de las garantías descritas introdujo un importante instrumento de protección y un mecanismo de legitimación para pueblos indígenas y afrodescendientes. En parte, como forma de reparar siglos de violaciones sistemáticas de sus derechos y territorios. Desde entonces, por primera vez, Colombia reconoció constitucionalmente su realidad nacional y regional, que en términos jurídicos se ha traducido en la configuración de un Estado multicultural.

En materia de reformas legales, el debate más relevante en la actualidad es sobre la regulación de la consulta previa como derecho fundamental. Para discutir esto, se requiere la expedición de una Ley Estatutaria, la cual exige una mayoría absoluta y que sea discutida en el periodo legislativo de un año. Además, la legislación aprobada está sujeta a revisión obligatoria por la Corte Constitucional.

El Gobierno colombiano, el sector privado y varias organizaciones civiles y de liderazgo están tratando de discutir un borrador que, paradójicamente, está estancado, dada la falta de consulta previa. Sin embargo, la solución no es la regulación *per se*.²³ En las siguientes secciones, esta investigación mostrará los elementos básicos o los estándares que deben ser considerados en legislaciones futuras en Colombia y, por qué no, en otros países o sistemas. Siguiendo la propuesta del *ius constitutionale commune en América Latina*,²⁴ en el presente artículo recopiló y explico los resul-

²³ Las conclusiones que han llegado de Perú sobre la implementación de una ley de esta tipología no son las mejores: “Hemos encontrado que la influencia real ejercida por los grupos consultados acerca del contenido de la ley y el decreto fue en exceso limitada” (A. Schilling-Vacaflor y R. Flemmer, “Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 47, núm. 4, 2015, pp. 811-839, 835). En cuanto al contexto, véase C. Wright, “Indigenous Mobilisation and the Law of Consultation in Peru: A Boomerang Pattern?”, *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 5, núm. 4, 2014.

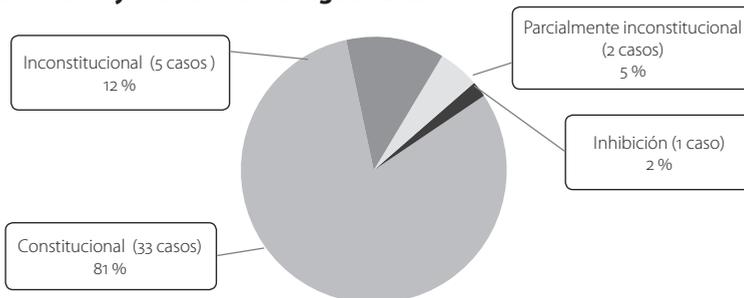
²⁴ El *ius commune* en América Latina (ICCAL) “cree en el potencial transformador del derecho si se integra adecuadamente en procesos sociales más amplios. Además, se fundamenta y reconstruye en la actividad judicial con una agenda transformadora” (A. von

tados principales de la jurisprudencia de la Corte colombiana y de la Corte IDH. El objetivo es demostrar cómo y por qué se ha desarrollado este diálogo judicial y, a su vez, precisar por medio del ejemplo por qué puede ser considerado como el estándar más equilibrado en materia de protección de la consulta previa.

2.3. Revisión constitucional de medidas legislativas (control abstracto)

El control abstracto es complejo debido a la dificultad que conlleva la revisión de legislación en abstracto y, en efecto, precisar exactamente qué debía ser consultado con las comunidades en materia de regulaciones. Una lista completa de los casos en los que la CCC revisó la legislación puede encontrarse en la tabla 3 del Apéndice de este estudio. La figura 1 muestra solo dos casos, de 41 (5%), en los que la Corte Constitucional anuló apartes de la legislación que afectaban directamente el derecho a la consulta previa, y en solo 5 casos (12%) la totalidad de la regulación fue declarada inconstitucional.

Figura 1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Control abstracto y revisión de la legislación



Fuente: Elaboración del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co). Ver detalles en el Apéndice (tabla 3).

Contrario a las críticas que consideran que la consulta previa es un tema problemático para el modelo de “desarrollo” y el “interés general”,²⁵ en más del 80% de los asuntos revisados (33 casos) la Corte declaró la constitucionalidad de la legislación estudiada (figura 1). En solo una ocasión, la “inhibición” fue el mecanismo para rechazar el estudio de fondo debido a la ineptitud de la demanda (2%). La Sentencia

Bogdandy et al., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 19).

²⁵ *El Espectador*, “La satanización de la consulta previa”, Editorial, 25 de febrero de 2016.

C-030 de 2008 se destaca claramente como el precedente más importante en relación con el control abstracto de leyes y la consulta previa.²⁶ En palabras de la propia Corte:

... es la sentencia C-030 de 2008 la que re-conceptualiza la línea jurisprudencial y avanza en el establecimiento de los requisitos y características de la consulta. Esto es, se erige en el precedente principal en esta materia, ya que consolida el parámetro de control que consiste en la realización de la consulta previa en el proceso de formación de las leyes, como garantía de la realización del derecho de dichas comunidades de participar en las decisiones que las afectan directamente.²⁷

Para interpretar el contenido y el alcance de las medidas legislativas en casos específicos, en la Sentencia C-030 se distinguió entre el impacto directo en los pueblos indígenas y afrodescendientes y el impacto en la sociedad colombiana en general. Por ejemplo, la regulación minera afecta o atañe a todos los ciudadanos colombianos. Sin embargo, ante un capítulo o artículo que menciona o que afecte exclusivamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes, la CCC revisa si las comunidades protegidas fueron consultadas durante el proceso legislativo.

Para este fin, la Corte ha implementado varios métodos hermenéuticos: 1) la interpretación textual del cuerpo jurídico; 2) la interpretación sistemática; 3) la interpretación histórica; 4) la interpretación contextual, incluyendo los precedentes y las controversias alrededor del proceso de reglamentación; y 5) la interpretación teleológica, entre otras. En resumen, el elemento clave exigido por la Corte es el impacto directo de la regulación en los intereses de la comunidad. En los casos en que es posible probar o encontrar falta de consulta previa, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de algunos artículos o de toda la ley, que, valga repetirlo, no ha superado el 17% de la totalidad de los asuntos revisados en el periodo 1992-2017.

En los casos marcados con asterisco (*) en la tabla 3 (Apéndice), la Corte ha declarado la constitucionalidad estableciendo especificaciones adicionales a ser consideradas en la implementación o dado el marco de la interpretación fijado por los precedentes en materia de tutela. La Sentencia C-389 de 2016, la última del periodo jurisprudencial estudiado en materia de control abstracto, es un excelente ejemplo para explicar la vigencia y consolidación de lo que he denominado “consentimiento vinculante”. Esta decisión recapituló los principales precedentes en materia de control abstracto y reafirmó las subreglas establecidas por la CCC en la Sentencia T-129 de 2011, y las demás decisiones relacionadas con las intervenciones directas en los territorios de las comunidades (es decir, por medio de acciones de tutela). La Sala

²⁶ Algunos casos específicos son explicados en la Sección 4.4.3 de la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-196 de 2012. Para un resumen en inglés, véase Cepeda y Landau, *op. cit.*, pp. 264-270.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253 de 2013, considerando 6.3.5.

Plena de la Corte, en la Sentencia C-389 2016, determinó que en las intervenciones directas en los territorios protegidos resulta fundamental tener en cuenta que:

... las comunidades étnicas deben ser consultadas con relación a los proyectos de minería susceptible de afectarlas directamente (C-371 de 2014, T-129 de 2011, T-769 de 2009, entre muchas otras). Y [hacerlo] si, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes, las decisiones que afecten directa e intensamente sus derechos sólo se implementan en caso de obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades.²⁸

En resumen, la CCC ha mantenido un compromiso firme con el objetivo de establecer un estándar balanceado de protección frente a las comunidades nativas y sus derechos. En paralelo, ha establecido un diálogo judicial con la Corte IDH y los instrumentos internacionales, especialmente con el esquema de protección fijado por el Caso *Saramaka vs. Suriname* de 2007 y recogido a partir de las sentencias T-769 de 2009 y T-129 2011, así como las muchas otras que refuerzan y solidifican lo que D. Bonilla apropiadamente ha acuñado como “modelo multicultural pluralista”.²⁹

2.4. Sentencias de tutela o amparo (control concreto)

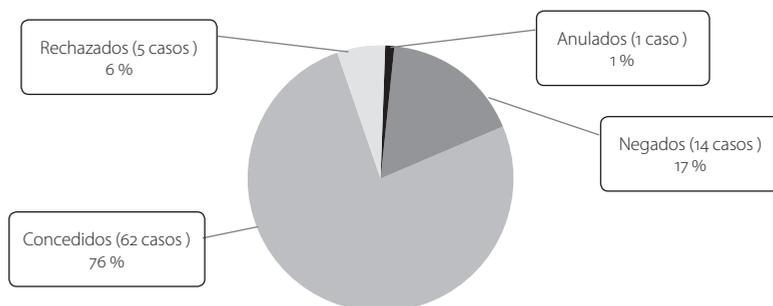
En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha estudiado situaciones en las que los pueblos indígenas y afrodescendientes han alegado la violación de sus derechos o la explotación de recursos naturales en sus territorios. De entrada, es posible afirmar que, una vez que la CCC decide seleccionar un asunto de tutela para revisión, existirá una alta probabilidad de que la cuestión sea fallada a favor de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. La tabla 4 del Apéndice muestra la jurisprudencia relativa a intervenciones directas (control concreto) en territorios protegidos por la consulta previa, cuyo resumen está ilustrado en la figura 2.

En el 76% de las sentencias estudiadas, la Corte determinó que existió la violación del derecho a la consulta previa y ordenó la protección. Por su parte, en el 24% de los otros asuntos no accedió a la solicitud de protección, a saber: en catorce casos, denegados por no configurarse la violación (17%); en cinco casos, rechazados por existir otros mecanismos de defensa o más apropiados (6%); y un solo asunto, en el que la Corte anuló la decisión debido a la integración indebida del contradictorio (1%).

²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389 de 2016.

²⁹ “Este modelo apela por una estructura pluralista del Estado, así como de igualdad intercultural, la justicia correctiva, los derechos de autogobierno y la integridad cultural para justificar y dar contenido al derecho a la consulta previa” (D. Bonilla, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013, p. 35).

Figura 2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Control concreto



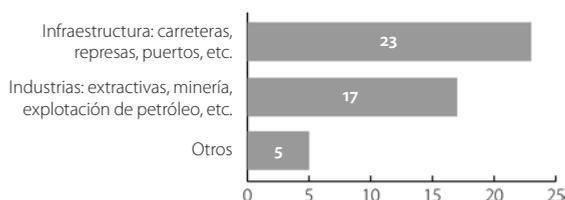
Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co/). Ver detalles en el Apéndice (tabla 4).

Igualmente importante, este estudio separa las macro y microintervenciones para mostrar las diferentes escalas de situaciones que los pueblos protegidos por el Convenio 169 de la OIT han enfrentado en Colombia. La línea divisoria entre las categorías proviene de la escala o el impacto de las intervenciones (ver figuras 3 y 4).

Así, despertaron la atención de la Corte 23 veces (ver figura 3) distintas interferencias en proyectos de infraestructura o intervenciones relacionadas con carreteras, represas, puertos y proyectos a gran escala. De otra parte, las industrias extractivas fueron la razón para que la Corte interviniera en 17 ocasiones. Adicionalmente, en 5 casos se revisaron asuntos relacionados con la construcción de una base y torres militares o para el uso de la tutela, con el fin de interrumpir el proceso legislativo. En total, se dictaminaron 45 sentencias relacionadas con macrointervenciones.

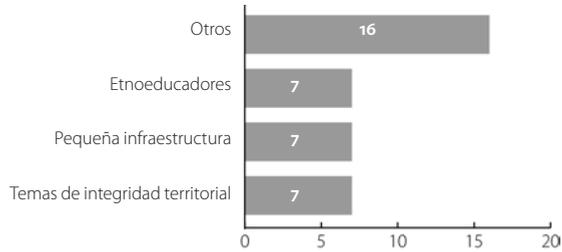
En materia de las “micro”, la Corte estudió 37 asuntos (ver figura 4). Entre ellas revisó construcciones de pequeña infraestructura, como un desagüe o un balneario de lujo en la isla de Providencia (siete casos similares). Además, siete casos de etnoeducadores que operaban en zonas de resguardo sin la autorización de las

Figura 3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Macrointervenciones y control concreto



Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co/). Ver detalles en el Apéndice (tabla 4).

Figura 4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes (25 años). Microintervenciones en control concreto



Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corteconstitucional.gov.co). Ver detalles en el Apéndice (tabla 4).

comunidades para enseñar en sus territorios. En los otros casos, se trató de la reubicación de un vendedor informal en una playa privada o de una estación de radio móvil en territorios indígenas (dieciséis casos diferentes). Esta división de macro y microintervenciones muestra que la CPLI de las comunidades debe ser verificada sin importar la escala de la intervención, de acuerdo con los argumentos que se exponen a continuación.

3. Principales desarrollos de la jurisprudencia colombiana

Este artículo no proporciona una revisión empírica sobre la implementación de la consulta previa. Sin embargo, esta sección del estudio complementa y anota críticamente la aproximación doctrinaria de D. Bonilla para construir y reforzar la comprensión de la jurisprudencia colombiana. Bonilla considera que la jurisprudencia de la Corte en materia de consulta previa ha atravesado tres etapas principales: 1) de *monismo liberal intercultural*, en la que la Corte separa el consentimiento y la consulta (SU-039 de 1997); 2) de *monismo liberal procesal*, cuya jurisprudencia sitúa la consulta previa dentro de una estructura monista del Estado y argumenta que la CPLI no es un componente de este derecho (por ejemplo, C-030 de 2008, C-615 de 2009 y C-175 de 2009, entre otras); y 3) de *pluralismo liberal multicultural*, en la cual la integridad cultural y el autogobierno están relacionados con el derecho al veto, y este derecho está vinculado con una interpretación pluralista *pro homine* (iniciada por la Sentencia T-769 de 2009 y explicada ampliamente en la T-129 de 2011).³⁰

³⁰ De las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia emitidas después de la publicación de la T-129 de 2011, 44 de 64 (en control concreto) y 6 de 23 (en control abstracto) han citado o aplicado los estándares derivados de ese precedente histórico hasta finales de 2016: cfr. Sentencias de 2011: T-601, T-693, T-698, C-882; de 2012: T-376, C-395, T-513, T-514Z, C-641, T-680, T-693, T-993, T-1080; de 2013: T-049, C-068, T-245, T-172, T-300, T-657, T-858;

En el momento de la publicación de su libro en 2013, Bonilla había estudiado veintitrés casos. En el presente estudio (ver tablas 3 y 4 del Apéndice), se examinan 82 decisiones de tutela y 41 relativas a revisión de la legislación, para un total de 123 casos. Sin embargo, las categorías siguen siendo válidas con las modificaciones que este análisis presenta y aclara al respecto. En especial, las incluidas por la SU-133-17, de 2017, que confirmó y fusionó las decisiones de control concreto y abstracto que la CCC ha desarrollado en un cuarto de siglo de jurisprudencia y protección del derecho de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa e informada. Este precedente confirmó la *ratio decidendi* del caso C-389 de 2011 y la Sentencia T-129 de 2011 y de los otros asuntos que desarrollaron sus principios. Valga aclarar que el principal mensaje detrás de este tipo de sentencia de unificación (SU) es aclarar y corregir contradicciones en casos específicos.³¹ Adicionalmente, una razón objetiva para establecer un límite temporal a la presente investigación.

3.1. ¿Por qué la Sentencia T-129 de 2011 es transformadora?

El asunto de la Sentencia T-129 involucró una mezcla de problemas relacionados con la comunidad emberá katío, que está ubicada cerca de la frontera con Panamá. El pueblo indígena mencionado estaba enfrentando la construcción de la vía Panamericana, proyectos mineros de oro, instalación de torres eléctricas y la apropiación sistemática de sus territorios por parte de colonos.³² La Corte estudió los estándares desarrollados para las decisiones enlistadas en el Apéndice (ver tablas 4 y 5) e incluyó otros a partir de un diálogo ejemplar con la Corte IDH en el caso de *Saramaka vs. Surinam* de 2007.

Para la jurisprudencia colombiana, la consulta previa constituye un derecho fundamental. Esta categoría es enteramente producto de la elaboración jurisprudencial, dadas las múltiples conexiones con varias garantías esenciales.³³ El estándar fijado por la Corte (ver tabla 5 del Apéndice) señala que el proceso de consulta debe ser estudiado por las autoridades usando una estrategia de enfoque diferencial. Además, deben tenerse en cuenta las tradiciones específicas de los grupos involucrados, incluyendo la duración del proceso de consulta y los ingredientes de cada caso concreto. Aparte de esto, el precedente determina la relevancia de una licencia medioambiental y un plan de gestión arqueológica antes de la intervención en territorios protegidos.

Con la Sentencia T-129 se introdujo un concepto elemental en la línea jurisprudencial con el objetivo de entender que la consulta previa no solo abarca la etapa

de 2014: T-204, T-294, T-353, C-371, T-384A, T-396, T-461, T-462A, T-646, T-800, T-849, T-969; de 2015: T-247, T-256, T-438, T-485, T-550, T-660, T-661, T-766, T-005; de 2016: T-197; de 2016: C-389, T-213, T-226, T-288A, T-436, T-475, T-530 y T-704.

³¹ Las sentencias de unificación (SU) se discuten extraordinariamente en la Sala Plena del Tribunal.

³² Para más detalles sobre los hechos del caso, véase Cepeda y Landau, *op. cit.*, pp. 268-270.

³³ Por esta razón, la regulación debe hacerse por medio de una ley especial o Ley Estatutaria.

“previa”, sino que, de acuerdo con revisiones posteriores, puede ser “antes”, “durante” o “después” de la intervención. En adición, se especificaron tres situaciones en las que es obligatorio seguir la CPLI:

1. Cuando involucre el traslado o el desplazamiento de las comunidades.
2. Cuando involucre el almacenamiento o el vertido de residuos tóxicos.
3. Cuando represente un alto impacto social, cultural y medioambiental en la comunidad que pueda poner en peligro su existencia y continuidad.³⁴

En el caso de estar frente a alguna de las situaciones descritas, si la entidad interesada en intervenir en los territorios protegidos no logra obtener la aprobación de la comunidad, primará el principio de interpretación *pro homine* en favor de los derechos fundamentales de la comunidad involucrada y, en consecuencia, se podrá rechazar la intervención.³⁵

3.2. ¿Existe un poder de veto?

¿Es plausible sostener que en las situaciones descritas la interpretación *pro homine* es un tipo de poder de veto? Bonilla considera que la Corte declaró que “el derecho a la consulta incluye el poder de veto para las minorías culturales en ciertas circunstancias”.³⁶ Según este autor, la Sentencia T-129 constituye la piedra angular de un nuevo modelo de enfoque llamado “pluralista”, en contraste con la interpretación “monista” utilizada en decisiones anteriores, aquello que en este artículo denominó “consentimiento vinculante”.³⁷

No obstante, otros expertos consideran lo contrario. Por ejemplo, Abello señala: “Infortunadamente, el último fallo que está siendo revisado (T-129/11) establece que la consulta previa no es un derecho de veto, lo cual contradice los postulados de la decisión”.³⁸ Otra crítica establece que “es cierto que la consulta es un derecho

³⁴ La Corte aceptó las recomendaciones formuladas por el Relator Especial de la ONU James Anaya acerca de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, hechas el 26 de mayo de 2011 después de la promulgación de la ley de consulta previa en Perú.

³⁵ El principio *pro homine* “relativiza la protección absoluta de derechos en conflicto [...] por lo tanto crea una circunstancia abierta para lograr un equilibrio apropiado más favorable a personas en cuanto a la sustancia de la cuestión” (Y. Negishi, “The *Pro Homine* Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control”, *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2017, pp. 457-481, 479-480).

³⁶ “Introduce un elemento que contradice la interpretación que la Corte ha articulado sobre la consulta previa en las dos etapas anteriores: el derecho al veto [...]. Si ningún acuerdo es alcanzado, la minoría tendría el derecho al veto; [...] la Corte indica que las minorías culturales tienen derecho al veto” (Bonilla, *op. cit.*, pp. 243 y 290, respectivamente).

³⁷ “Consentimiento vinculante” como menos problemático y disímil que “veto”.

³⁸ C. J. Abello, “Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales”, *Trans-pasando Fronteras*, núm. 2, 2012, pp. 111-124, 122.

fundamental; sin embargo, no constituye un derecho al veto [...] la participación no implica el veto [...] [y] el derecho a la participación podría confundirse en el imaginario popular con un derecho al veto –y que, dicho sea de paso, este pueda ejercerse de mala fe o pretenda obstaculizar o retardar”.³⁹

De acuerdo con Yriart, para la CCC “la doctrina del no veto está por fuera del cuerpo jurídico que la Corte ha desarrollado sobre el tema”.⁴⁰ En contraste, F. Vallejo afirma que, sin ser un derecho de veto, se “deben tener en cuenta las consideraciones hechas por las comunidades tradicionales durante el proceso de consulta”.⁴¹

Sobre la base de lo expuesto, resulta evidente que, según algunos intérpretes académicos de la jurisprudencia constitucional, se configuró un poder de veto para algunos casos, mientras que otros opinan lo contrario. Como exfuncionario de la CCC, tuve la oportunidad de sustanciar la Sentencia T-129 con la supervisión y bajo las órdenes del exmagistrado Jorge I. Palacio. La cuestión del “poder de veto” fue una de las principales preocupaciones, así como lo fueron el resto de las innovaciones introducidas por la sentencia.⁴² Aclarado lo anterior, resulta clave precisar que ningún pasaje de la sentencia afirma expresamente que se haya instituido un poder de veto. De hecho, en el apartado 7.1 la Corte preguntó: “¿Es el derecho al consentimiento libre, previo e informado un poder de veto?” y la sentencia respondió enfatizando que el problema no tenía por qué ser resuelto en términos de “quién veta a quién”.⁴³

Como bien señala Padilla, la CCC sugiere mirar más allá del veto y considera que la consulta es un ejercicio y una experiencia de formación democrática cultural. Sin embargo, “en casos de una respuesta negativa de un pueblo indígena a una iniciativa que considera que lo lesiona gravemente, lo que se ejerce es el derecho a la libre determinación y no, como se pretende llamar, alguna forma de derecho de veto”.⁴⁴

Dejando a un lado las interpretaciones de fuentes secundarias, respecto a cuestión del veto la propia CCC en nueve sentencias de Sala Plena afirmó en *dicta* con

³⁹ C. E. Salinas, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 1, núm. 27, 2011, pp. 235-259, 241.

⁴⁰ M. Yriart, “Jurisprudence in a Political Vortex. The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects - The Implementation of *Saramaka v. Suriname*”, en Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga y C. Burbano (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 502.

⁴¹ F. Vallejo, “El proceso de consulta previa en los fallos de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 14, núm. 2, 2016, p. 169.

⁴² Especialmente, con Mauricio Dueñas y asesores de otros despachos como Clara E. Reales, Aquiles Arrieta y Armin Sattler.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11, Sección 7.

⁴⁴ G. Padilla Rubiano, “Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado”, en C. Steiner (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, p. 365.

escasa elaboración que “no existe un poder de veto debido al hecho de que ningún derecho es absoluto”.⁴⁵ De estos precedentes, la Sentencia C-641 de 2012 fue la única en sugerir “la imposibilidad de trazar una regla uniforme a este respecto”.⁴⁶ Por fortuna, la Sentencia C-389 de 2016 que cerró el periodo de los magistrados de los años 2009-2017 aclaró posibles dudas acerca del tema.⁴⁷ De acuerdo con la Corte, la implementación de una medida que directa e intensamente afecta los derechos fundamentales de los pueblos indígenas “es inadmisibles sin su consentimiento, no por la discusión hoy en día obsoleta en torno a la existencia o no de un derecho al veto, sino porque es abiertamente irrazonable y desproporcionada”.

La expresión “veto” genera la impresión de una barrera arbitraria, que no requiere razones para imponerse frente a otros puntos de vista y vías de acción y, por lo tanto, no parece responder adecuadamente al sentido que inspira la consulta, concebida como un diálogo de buena fe, entre iguales, y destinado a alcanzar acuerdos que tomen en consideración los impactos ambientales, sociales y económicos de una medida, en un intento de conciliar concepciones de desarrollo diversas.⁴⁸

En términos generales, la reconstrucción doctrinaria y filosófica de Bonilla todavía continúa jugando un papel importante. La Sentencia T-129, complementada por la T-326 de 12,⁴⁹ establece claramente que la interpretación y la aplicación de la Constitución tiene que acoplarse a los principios *pro homine* y de proporcionalidad en materia de consulta previa.⁵⁰ En algunos casos, las consecuencias pueden incluir la interrupción o congelación del proceso de intervención. No obstante, resulta fundamental aplicar estos principios y subreglas a los ingredientes específicos de cada caso concreto. Por ejemplo, tal y como aconteció en la Sentencia T-129, en el evento de que sea posible reubicar una carretera sin afectar directamente a una comunidad, no habrá lugar a que proceda el efecto del consentimiento vinculante y la autodeterminación del pueblo. Por el contrario, si el impacto de un proyecto minero específico afecta a la comunidad en términos de desplazamiento, residuos

⁴⁵ Véanse, por ejemplo, de la Corte Constitucional de Colombia, los casos de las providencias C-882 de 2011, C-366 de 2011, C-367 de 2011, C-937 de 2011, C-331 de 2012, C-540 de 2012, C-068 de 2013, C-253 de 2013 y C-371 de 2014.

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-641 de 2012, considerando 4.

⁴⁷ Estos criterios también pueden encontrarse en Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-530 de 2016 y T-704 de 2016, entre otras.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389 de 2016.

⁴⁹ La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-376 de 2012 hace un señalamiento en el caso T-129 de 2011 aplicando el principio de proporcionalidad para aclarar y equilibrar la participación de las comunidades en el proceso de consulta. Véanse las consideraciones 25-31 de la Sentencia T-376 de 2012.

⁵⁰ En especial el Poder Ejecutivo.

tóxicos y/o alto impacto que implique poner en peligro su existencia y continuidad, habrá lugar a un consentimiento vinculante y ejercicio de la autodeterminación.⁵¹

4. Un ejemplo emblemático de diálogo judicial y constitucionalismo transformador

El término *diálogo* denota el intercambio de argumentos para alcanzar un acuerdo. De igual modo, la noción se traduce en conversación, discusión o discurso, terminología y práctica ampliamente difundidas en el contexto supranacional europeo. La relación dialógica puede ser descriptiva o explicativa o puede dar lugar a argumentos que proporcionen un entendimiento común del derecho.⁵² En otras palabras, la comunicación entre tribunales se deriva del deber y hasta de la obligación de “tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio derecho”.⁵³ En América Latina, es posible encontrar un entendimiento similar en materia del diálogo entre tribunales e incluso entre más instituciones.⁵⁴ En especial, por medio de diferentes actores o de la participación ciudadana en la revisión de la legislación y en la comprensión de los derechos.⁵⁵

Considerando dichas nociones, esta investigación está enfocada en las nociones de diálogo entre tribunales, aunque llamando a un entendimiento más amplio del diálogo y los mecanismos dialógicos. En cuanto a la primera noción de diálogo, M. Morales precisamente resalta la relación “emblemática” entre la Corte Constitucional de Colombia y la Corte IDH en su referencia al Caso Saramaka y la Sentencia T-129. En palabras de Morales, es necesario “explorar cómo otros tribunales nacionales van adoptando los estándares del sistema interamericano, lo que representa esencialmente la base del *ius constitutionale commune* en los derechos fundamentales

⁵¹ Debates en relación con el poder de veto también se están abordando en foros internacionales y en otras jurisdicciones. Véase C. Doyle, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free, Prior and Informed Consent*, Londres, Routledge, 2015, pp. 161-167.

⁵² A. Torres, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 106.

⁵³ R. Bustos, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63, 21.

⁵⁴ P. A. Acosta, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

⁵⁵ “El primer tribunal en comprometerse con este tipo de prácticas dialógicas fue la Corte colombiana [...]. Los tribunales latinoamericanos han demostrado una enorme creatividad en materia del diseño y la implementación de mecanismos dialógicos” (R. Gargarella, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en T. Bustamante y B. Gonçalves (eds.), *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Ginebra, Springer, 2016, pp. 119-120).

desarrollado jurisprudencialmente”.⁵⁶ Además, Góngora señala la “coevolución” y la “convergencia” en la jurisprudencia de ambas cortes.⁵⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce que la CCC ha estado cumpliendo un rol de importancia significativa y destaca el hecho de que el tribunal colombiano ha desarrollado una “rica y progresiva jurisprudencia”, en particular, respecto al derecho al consentimiento libre, previo e informado.⁵⁸

Los precedentes introducidos por la Corte Constitucional colombiana, especialmente en la Sentencia T-129, establecieron varios avances en el estándar de protección de la consulta previa en la jurisprudencia nacional e incluso se ampliaron en comparación con la jurisprudencia interamericana. Por un lado, paradójicamente, la CCC removió la concepción de consulta del ámbito de lo “previo”. En otras palabras, el Convenio 169 de la OIT siguió limitando la consulta a esta etapa, desestimando el derecho y reduciendo la voz de las comunidades a lo largo del proceso de intervención. Por otro lado, complementó el diálogo con el refuerzo de las ventajas *pro homine* en las intervenciones más peligrosas que impliquen la desaparición de la comunidad.⁵⁹

La idea de consulta previa en varios casos fue considerada dentro de una especie de proceso informativo y de socialización o en lugar de un escenario real de consulta. De hecho, una vez agotado el proceso de consulta, la opción para alegar o reclamar queda en manos de un largo proceso de responsabilidad administrativa o privada, escenario en el cual abogados y consultores en exceso bien remunerados defienden los intereses de actores privados o públicos retrasando discusiones o posponiendo la decisión a expensas del desplazamiento de pueblos indígenas, la deforestación y/o polución de ríos.

Grandes corporaciones o instituciones públicas realizan un análisis de costo-beneficio de los daños colaterales relacionados con la explotación de recursos naturales o de pueblos versus la indemnización por destruir un río o una tradición oral de una comunidad indígena. Sin embargo, hay cuestiones que el dinero no puede comprar, y por ello resulta clave recordar que cada modelo de desarrollo implica

⁵⁶ M. Morales, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*”, en A. von Bogdandy, H. Fix-Fierro y M. Morales (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM y MPIL, 2014, p. 283.

⁵⁷ “La tendencia convergente de estos procesos tiene un enorme potencial para desarrollar jurisprudencialmente un derecho constitucional interamericano” (M. Góngora, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en E. Ferrer, A. von Bogdandy y M. Morales (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, MPIL e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 403).

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Protección de los Derechos Humanos en el Contexto de la Extracción, la Explotación y el Desarrollo de Actividades, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129 de 2011, Sección 8.

respetar ciertos límites morales.⁶⁰ Los principios y valores que han sido explicados por los tribunales estudiados son de lejos más relevantes que el modelo arquetípico occidental de “desarrollo”. El llamado de la CCC y de la Corte IDH en su jurisprudencia está orientado a empoderar la voz de los pueblos indígenas y afrodescendientes, porque permite que sus voces y su consentimiento vinculante sean escuchados *antes, durante y después* de las intervenciones en sus territorios.

La Corte nacional reformuló el precedente interamericano del Caso Saramaka aplicando una técnica de solución similar, pero implementando una cláusula basada en las recomendaciones del Relator Especial de la ONU sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas junto con el principio *pro homine*. En consecuencia, el consentimiento vinculante en casos en que los grupos protegidos: 1) están amenazados con el desplazamiento, 2) están involucrados en el uso de sustancias tóxicas que amenacen la vida o 3) ante la posibilidad de alto impacto social, cultural y/o medioambiental que puede poner en peligro la existencia de las comunidades.

En estas situaciones, es necesario que las partes externas persigan el CPLI, en el cual las comunidades tienen la posibilidad de escoger la *alternativa menos lesiva*. Sin embargo, una vez exploradas las opciones menos lesivas y dicho proceso concluya que todas son perjudiciales o que se demuestre que la intervención llevaría a la desaparición de las comunidades, entonces la solución deberá asegurar que prevalezcan los derechos de las poblaciones protegidas conforme a los principios *pro homine* y de proporcionalidad. En otras palabras, en estas circunstancias específicas se dictaminó un consentimiento vinculante. De este modo, el diálogo jurisprudencial presentado en esta investigación puede ser categorizado conforme a la propuesta de Nogueira como:⁶¹

1. *Receptivo*: en los casos T-769 de 2009 y T-129 de 2011, la CCC citó y abrazó la *ratio decidendi* con respecto al CPLI. En varias secciones de la sentencia colombiana es posible verificar cómo y por qué la Sentencia T-129 y subsiguientes se basaron en el Caso Saramaka. De hecho, la CCC siguió el estilo de la Corte IDH e incluso ordenó como reparación simbólica la traducción de varios apartes de la sentencia a la lengua emberá.
2. *Innovador*: la interpretación de la Constitución nacional y de la Convención ofrece una manera más amplia y transformadora de proteger los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Como prueba de ello está el consentimiento vinculante de las poblaciones antes, durante y después de las

⁶⁰ Véase M. Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, FSG, 2012.

⁶¹ H. Nogueira, “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en C. Steiner (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, pp. 531-540.

intervenciones, y no solo un “derecho abstracto a la consulta, y cuando sea procedente, un deber a obtener consentimiento”.⁶²

3. *Correctivo*: sin mucha argumentación, la sentencia *Saramaka vs. Surinam* de la Corte IDH determinó que el consentimiento debe ser perseguido por los Estados en casos de inversión o intervenciones “a gran escala”. ¿Es plausible este requerimiento? La figura 4 muestra el tipo de “microintervenciones” que la CCC estudió después de la Sentencia T-129, en las que por fortuna se corrigió el error. De acuerdo con la CCC, *sin importar su escala*, todas las intervenciones en territorios de poblaciones protegidas por el Convenio 169 de la OIT deben ser consultadas y consentidas.⁶³
4. *Extensivo*: siguiendo en parte el concepto de *extensivo* de Nogueira, este análisis argumenta que la CCC ha hecho avanzar el precedente de *Saramaka* y la interpretación de la Corte IDH como la primera consideración de este tipo de diálogo. Sin embargo, es pertinente destacar que en los últimos casos revisados por la Corte IDH en materia de consulta previa (*Sarayaku vs. Ecuador* 2012), el tribunal citó dos veces el precedente T-129 y las sentencias SU-039 de 1997, C-169 de 2001, C-030 de 2008 y T-235 de 2011 de la Corte colombiana entre otras de la región.

A pesar de lo anterior, la jurisprudencia estudiada en los dos tribunales está abordando una paradoja. Los desarrollos están modelados para el mundo de los conceptos y las ideas, pero son difíciles de aplicar sin la cooperación de los otros poderes y actores externos. La tarea de una jurisprudencia rica en conceptos ha sido alcanzada tanto en el nivel interamericano como en el nivel nacional en Colombia. Esta primera etapa de tribunales diseñada para ganar legitimidad ha sido aprobada y me parece que es el momento apropiado para reforzar las soluciones en la esfera de la integración económica, política y social. En otras palabras, en la idea de un *ius commune* latinoamericano más amplio.⁶⁴ Los derechos fundamentales son un aspecto clave para alcanzar la integración regional, pero para poder consolidar un sistema jurídico regional *commune* se requiere profundizar en la integración regional que permita precisamente ayudar a materializar los estándares jurisprudenciales.⁶⁵

⁶² Véase *Saramaka vs. Suriname*, cit., pp. 40-41.

⁶³ Véase Sentencia T-129/11, Sección 7.II, y tabla 5 del Apéndice.

⁶⁴ Con respecto a la integración supranacional en la región, véanse J. C. Herrera, “Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica”, *Colombia Internacional*, núm. 86, 2016, p. 165; “La cláusula latinoamericana de integración en Colombia: entre el ‘lazo de la unión’ y la tautología de la ‘camisa de fuerza’”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 37, 2016, pp. 127-163, 127.

⁶⁵ Los desarrollos explicados intentan complementar las críticas y anotaciones formuladas por A. Schettini, “Toward a New Paradigm of Human Rights Protection for Indigenous Peoples: A Critical Analysis of the Parameters Established by the Inter-American Court of Human Rights”, *SUR-International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, 59-86; y por G.

Aunque el problema de la efectividad de los estándares sobre la consulta previa va más allá del ámbito del derecho positivo, resulta imposible desconocer que existen complejas violaciones de los derechos fundamentales relacionadas con la consulta previa. La Corte IDH y la CCC en el papel ofrecen un balanceado estándar de protección. No obstante, alcanzar ese nivel de protección en la realidad sigue siendo un reto. Esto se debe, en cierta medida, a la debilidad de las instituciones públicas y a la falta de gobernabilidad democrática. A lo que se suma el fuerte poder privado nacional e internacional con intereses directos en los territorios de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Independientemente de este hecho, es posible concluir que al menos el poder judicial (CCC y Corte IDH) ha cumplido su función.

Precisado este aspecto, resulta fundamental recordar que la solución está en manos del poder ejecutivo. No obstante, en sistemas *hiperpresidencialistas*, que controlan casi todo, varios desarrollos o ejemplos emblemáticos de constitucionalismo transformador como los mencionados están confinados a publicaciones y foros académicos. La doctrina especializada ha señalado la relevancia de un proceso deliberativo y colectivo lejos de un “monólogo” o “soliloquio” para encontrar una solución compartida que sea mutuamente aceptable.⁶⁶

Junto a otros académicos de la región, también entiendo el diálogo judicial como un intercambio que permite a los tribunales nacionales en distintos niveles y a la Corte IDH “ser participantes activos de un mutuo dar y recibir en la definición del contenido de los derechos fundamentales en la región”.⁶⁷ Esta comprensión del diálogo se construye sin tener en cuenta enfoques jerárquicos que son propios de la etapa inicial del Estado-nación. En la construcción y consolidación de una estructura supranacional, no podemos esperar un paraíso perfecto sin conflictos ni tensiones en la comprensión del derecho.

La uniformidad y la diversidad son una cuestión “omnipresente y probablemente eterna”, en la que “un modelo de diálogo no determina de antemano un resultado particular”.⁶⁸ Sin embargo, algo está claro en el caso latinoamericano: si hoy hemos visto más allá y hemos alcanzado un estándar equilibrado de protección en varios asuntos comunes, es porque nos hemos apoyado en los hombros de la Corte IDH.⁶⁹

Aguilar Cavallo, “Emergence of a Common Constitutional Law? Indigenous Peoples’ Case, Part I and Part II”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 25-26, pp. 41 y 51, respectivamente.

⁶⁶ “El objetivo perseguido no es la identidad, es la compatibilidad; no la uniformidad en otras palabras para armonizar” (A. Saiz, “La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo”, en A. Saiz, J. Solanes y J. E. Roa (eds.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 31).

⁶⁷ P. G. Carozza y P. González, “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442, 440.

⁶⁸ Véase Torres, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁹ Véase Schönsteiner, Beltrán y Lovera, *Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies*, *op. cit.*, p. 8.

Conclusiones: ¿rumbo a un consentimiento vinculante?

En los últimos veinticinco años se ha dado un desarrollo jurisprudencial amplio del derecho a la consulta previa por parte de la Corte IDH y la Corte Constitucional de Colombia. Ambos tribunales han hecho eco de un diálogo judicial creativo. En especial, el tribunal nacional ha potenciado la voz y el autogobierno de los pueblos indígenas y afrodescendientes. Otras cortes y la academia deberían considerar estos precedentes constitucionales y ejemplos arquetípicos de *ius commune transformador* en América Latina.

El denominado “Norte global” debería prestar atención a estos avances. En especial el autoproclamado “mundo desarrollado” (por ejemplo, Canadá, EE.UU. o Australia) que, conforme a los principios y valores nacionales e internacionales, tiene el deber de proteger a los pueblos indígenas y afrodescendientes de sus países y la responsabilidad de sus inversiones y acciones en todo el mundo.⁷⁰ Esto lleva a responder a la pregunta: ¿deberían los Estados y la comunidad internacional exigir la ratificación del Convenio 169 de 1989 de la OIT o de instrumentos medioambientales para permitir inversiones que literalmente implican la explotación de recursos naturales y personas en áreas protegidas? La respuesta es Sí. Una era de inversiones globales exige compromisos globales.

Para materializar el CPLI en los casos estudiados, la CCC propone aplicar el principio *pro homine* en casos particulares y reconceptualizar la noción de “previo” por el principio del antes, durante y después de la intervención. Además, la jurisprudencia del tribunal colombiano ha señalado las razones por las cuales es inviable establecer un término específico para adelantar un proceso de consulta. En esta misma línea, el CPLI debe ser tenido en cuenta en todo tipo de intervención “micro” o “macro” (ver figuras 3 y 4). En la actualidad, la oportunidad de participar en este diálogo judicial está en manos de la Corte IDH y del resto de tribunales que conforman el poder judicial, así como de gobiernos, parlamentos, académicos y demás actores nacionales y regionales.

En este artículo se plantean serios cuestionamientos a la relevancia del “consentimiento vinculante” en lugar del mal llamado “poder de veto” en las manos exclusivas de ninguna de las partes. En consecuencia, los parlamentos y los tribunales nacionales deberían considerar las observaciones que han sido explicadas y cuidadosamente

⁷⁰ Por ejemplo, véanse las desconsideradas notas 1 y 2 al pie de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) que muestran el nivel de compromiso que tienen los países “desarrollados” en el norte de América con los pueblos indígenas y afrodescendientes del hemisferio: “Estados Unidos ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación”; “Canadá no ha participado de manera sustancial en los últimos años en las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por ahora no está en capacidad de adoptar una posición sobre el texto propuesto de esta declaración”.

elaboradas a lo largo de las últimas décadas. Es esta una contribución al *ius commune* en la región y a la idea de un todo que es más que la suma de sus partes.

Este estudio ha demostrado la forma en que se ha construido un equilibrado nivel de protección en la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Constitucional de Colombia en materia de consulta previa, libre e informada. Resulta fundamental que los Estados latinoamericanos no establezcan diferencias abismales entre los estándares aquí explicados, precisamente porque se trata de comunidades que históricamente se han enfrentado a factores comunes de discriminación. Tomemos, por ejemplo, el caso de los pueblos indígenas de la cuenca del Amazonas. Un estándar para Brasil, Venezuela o Perú y otro para Ecuador o Colombia es injusto. Esta atomización es en sí misma una causa de desigualdad e ineficiencia. En especial para grupos ancestrales, para los que conceptos como *frontera* o *propiedad* en términos occidentales son bastante extraños.

Para avanzar, es importante anotar que hay una necesidad de reformular las fronteras entre los ordenamientos jurídicos en América Latina. Esta cuestión incluye la integración supranacional y la idea de un *ius constitutionale commune* más amplio. Por tal razón, la ejecución de un desafío constitucional de este tipo implica ir más allá de la mera protección de derechos fundamentales. Por tanto, una reformulación dirigida al cuarto de máquinas de la Constitución es obligatoria y la consulta del CPLI se ha convertido en un ejemplo para probar que la utopía es realizable.

El constitucionalismo dialógico es un método importante, pero no es un objetivo en sí mismo. Por lo tanto, la solución debería venir de la suma de los intereses nacionales en un enfoque sistémico y funcional. ¿Por qué no en el ámbito de la integración supranacional económica, política y social? ¿Por qué no inspirarse en la idea de una unión cada vez más cercana?

Apéndice

Tabla 3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la revisión de legislación y la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes. Control abstracto

Caso	Regulación	Decisión
1. C-169/01	Circunscripción electoral para las comunidades negras. Proyecto de Ley 028 de 1999 del Senado y 217 de 1999 de Cámara de Representantes.	Parcialmente inconstitucional
2. C-418/02	Código de Minas. Ley 685 de 2001, art. 122.	Constitucional*
3. C-891/02	Código de Minas. Ley 685 de 2001, arts. 2, 3 y otros.	Constitucional*
4. C-620/03	Ley de Salinas de Manaure. Ley 773 de 2002, art. 1.	Constitucional*
5. C-245/04	Administración de bienes expropiados. Ley 785 de 2002.	Constitucional*
6. C-208/07	Ley de Profesionalización de la Docencia. Decreto Ley 1278 de 2002.	Constitucional*
7. C-921/07	Servicios de educación y salud.	Constitucional*
8. C-030/08	Ley General Forestal. Ley 1021 de 2006.	Sentencia hito inconstitucional
9. C-461/08	Plan Nacional de Desarrollo (2006-2010). Ley 1151 de 2007.	Constitucional*
10. C-750/08	Acuerdo de Libre Comercio, Colombia y Estados Unidos. Ley 1143 de 2007.	Constitucional*
11. C-175/09	Ley de Desarrollo de Zonas Rurales. Ley 1152 de 2007.	Inconstitucional
12. C-615/09	Desarrollo integral y asistencia básica a la comunidad wayúu. Ley 1214 de 2008.	Inconstitucional
13. C-063/10	Modificación en el Sistema Nacional de Salud. Ley 1122 de 2007, art. 14.	Constitucional*
14. C-608/10	Tratado de Libre Comercio, Colombia y Canadá.	Constitucional*
15. C-702/10	Apoyo a los candidatos indígenas. Acto Legislativo 01 de 2009 (apartado 8 del artículo), que reforma el artículo 108 de la Constitución. Cuestiones electorales.	Inconstitucional
16. C-915/10	Acuerdo Ambiental entre Colombia y Canadá.	Constitucional*
17. C-941/10	Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y algunos países de la Unión Europea.	Constitucional*
18. C-027/11	Cooperación Técnica y Científica entre Colombia y Guatemala.	Constitucional
19. C-187/11	Acuerdo de Derechos Fundamentales entre Colombia y Canadá en materia de TLC. Ley 1411 de 2010.	Constitucional
20. C-490/11	Ley Orgánica 190 de 2010. Organización y funcionamiento de los partidos políticos. Varios artículos.	Parcialmente inconstitucional

Caso		Regulación	Decisión
21.	C-196/12	Convenio Internacional de Maderas Tropicales. Ley 1458 de 2011.	Constitucional*
22.	C-317/12 C-318/12	Sistema General de "Regalías" y Compensaciones. Acto Legislativo 05 de 2011, arts. 360 y 361 de la Constitución.	Constitucional*
23.	C-366/11	Código Minero. Ley 1382 de 2010 y Ley 685 de 2001. Ratificada en las sentencias C-367 de 2011 y C-027 de 2012.	Inconstitucional
24.	C-882/11	Acto Legislativo 02 de 2009, que reforma el artículo 49 de la Constitución. Sobre la hoja de coca.	Constitucional*
25.	C-937/11	Ley General de Educación. Ley 115 de 1994.	Inhibición
26.	C-051/12	Acuerdo de Libre Comercio, Protocolo de Modificación (México, Colombia y Venezuela). Ley 1457 de 1911.	Constitucional*
27.	C-293/12	Red Internacional de Bambú y Ratán. Ley 1461 de 2011.	Constitucional*
28.	C-331/12 C-398/12	Plan Nacional de Desarrollo (2010-2014). Ley 1450 de 2011, arts. 106 y 276.	Constitucional*
29.	C-395/12	Código Minero. Ley 685 de 2001, arts. 11, 35 y otros. Ley 99 de 1993, art. 76. Cuestiones medioambientales.	Constitucional*
30.	C-540/12	Actividades de inteligencia y contrainteligencia.	Constitucional
31.	C-641/12	Sistema Nacional de Salud. Ley 1438 de 2011.	Constitucional*
32.	C-765/12	Reforma del Sistema de Salud. Ley 1438 de 2011.	Constitucional
33.	C-767/12	Convenio sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Ley 1516 de 2012.	Constitucional*
34.	C-822/12	Convenio "Metre". Ley 1512 de 2012.	Constitucional
35.	C-943/12	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Ley 3573 de 2011.	Constitucional
36.	C-068/13	Sistema General de Regalías y Compensaciones. Ley 1530 de 2012, art. 156.	Constitucional
37.	C-194/13	Código Penal. Ley 1482 de 2011.	Constitucional
38.	C-253/13	La expresión "Negro" en la Ley 70 de 1993.	Constitucional
39.	C-371/14	"Zonas de reserva campesina". Ley 160 de 1994.	Constitucional*
40.	C-501/14	Variedades de verduras. Ley 599 de 2000, art. 306.	Constitucional
41.	C-389/16	Código Minero. Varios artículos.	Constitucional*

* Con especificaciones respecto a la implementación en situaciones concretas.

Nota: Las decisiones están hipervinculadas para la versión digital.

Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co/).

Tabla 4. Jurisprudencia de las tutelas de la Corte Constitucional de Colombia sobre intervenciones directas en territorios protegidos por la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes. Control concreto

Caso		Tema central	Decisión
1.	T-428/92	Construcción de la vía Andes-Jardín.	Concedida
2.	T-405/93	Radar y base aérea en comunidades indígenas de la Amazonia Media.	Concedida
3.	SU-039/97	Explotación petrolera en los territorios u'wa.	Concedida
4.	T-652/98	Represa de Urrá.	Concedida
5.	T-634/99	Ampliación de un municipio y otros mecanismos de protección.	Negada
6.	SU-383/03	Fumigación de plantaciones ilegales en la región amazónica.	Concedida
7.	T-955/03	Explotación forestal en territorios de comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica.	Concedida
8.	T-737/05	Reconocimiento legal de una comunidad yanacona.	Concedida
9.	T-382/06	Tutela contra Ley General Forestal 25 de 2004.	Rechazada
10.	T-880/06	Explotación petrolera en los territorios del pueblo Motilón Barí El Progreso.	Concedida
11.	T-154/09	Construcción de un distrito de riego y temporalidad de tutela.	Negada
12.	T-769/09	Proyecto minero Mandé Norte de la compañía Muriel Mining Corporation.	Concedida
13.	T-547/10	Puerto polivalente Brisa en la Sierra Nevada.	Concedida
14.	T-745/10	Mejoramiento de una carretera en los territorios afrodescendientes de Barú.	Concedida
15.	T-1045A/10	Minería de oro en Cauca, la Toma Suárez.	Concedida
16.	T-116/11	Etnoeducadores para la comunidad gaitana.	Concedida
17.	Sentencia hito	Construcción de carretera interamericana, minería de oro, torres de electricidad y ocupación ilegal en territorios emberá katío.	Concedida
18.	T-235/11	Prevención y asistencia en caso de desastres. El caso del río Pepitas.	Concedida
19.	T-379/11	Etnoeducadores para la comunidad de Quillasinga.	Concedida
20.	T-474/11	Corporación minera contra órdenes de tutela.	Rechazada
21.	T-601/11	Renovación ilegal de autoridades en la comunidad de San Lorenzo.	Concedida
22.	T-693/11	Permiso ambiental para la construcción de un oleoducto en Campo Rubiales sin consultar a la comunidad de Turpial.	Concedida
23.	T-698/11	Licencia para construir una estación base de telecomunicaciones en los territorios de Cañamomo-Lomapieta.	Concedida

Caso		Tema central	Decisión
24.	T-376/12	"Playa privada" versus trabajador informal afrocolombiano de la comunidad de La Boquilla.	Concedida
25.	T-477/12	Autorización gubernamental que permitió a una empresa privada comercializar la marca "Coca indígena".	Concedida
26.	T-513/12	Autorización gubernamental que reconoce la existencia de una nueva organización comunal debido a la separación religiosa.	Concedida
27.	T-514/12	Etnoeducador en la institución Kwe'sx nasa Ksxa Wnxi.	Concedida
28.	T-680/12	Titulación colectiva de tierras para los afrocolombianos en la isla de El Rosario.	Concedida
29.	T-693/12	Construcción de una carretera Loboguerrero-Mediacaño.	Concedida
30.	T-823/12	Elecciones de representantes ante las autoridades nacionales y locales (comunidades afrodescendientes de La Plata, Bahía Málaga).	Concedida
31.	T-993/12	Construcción de la variante El Guamo.	Concedida
32.	T-1080/12	Regulación de los arroyos que atraviesan los territorios de Dujos Tamás-Páez.	Concedida
33.	T-049/13	Etnoeducadores de varios grupos yanacona.	Concedida
34.	T-245/13	Plan de Desarrollo Municipal que fue consultado.	Negada
35.	T-172/13	Puerto polivalente en la isla de Barú y participación de afrocolombianos de la zona.	Concedida
36.	T-300/13	Erradicación de la palma africana sin daño específico.	Concedida
37.	T-390/13	Etnoeducadores para la comunidad de Yascual.	Concedida
38.	T-657/13	Planificación de la carretera Mulaló-Loboguerrero.	Concedida
39.	T-795/13	Estación de radio móvil del Ejército que transmite música y promueve el reclutamiento de indígenas para participar en el conflicto interno.	Concedida
40.	T-858/13	Cantera de materiales de construcción y uso inadecuado de tutela.	Rechazada
41.	T-871/13	Etnoeducadores de la comunidad de Pijao en la región del Tolima.	Concedida
42.	T-117/14	Derechos políticos de los candidatos al Congreso de la República.	Concedida
43.	T-204/14	Minería artesanal sin autorización.	Negada
44.	T-294/14	Vertedero Cantagallo en los territorios de la comunidad de Venado.	Concedida
45.	T-353/14	Plan de Desarrollo Municipal de Palermo, Huila.	Concedida
46.	T-355/14	Etnoeducadores para la comunidad de Candelaria.	Concedida
47.	T-384A/14	Resolución por la que se declaran reserva natural y límites en el parque natural Yaigojé-Apaporis.	Negada

Caso		Tema central	Decisión
48.	T-396/14	Carretera en el parque arqueológico San Agustín.	Rechazada
49.	T-461/14	Problema de fronteras entre los territorios de una comunidad indígena y los pueblos afrodescendientes.	Concedida
50.	T-462A/14	Represa de Salvajina en la región del Cauca.	Concedida
51.	T-576/14	Reconocimiento y adjudicación de territorios para comunidades afrocolombianas, raizales y palenqueras.	Concedida
52.	T-646/14	Tutela contra la Ley de Aduanas.	Negada
53.	T-800/14	Balneario en la isla de Providencia que afecta a la comunidad raizal.	Concedida
54.	T-849/14	Concesión minera en los territorios de la Sierra Nevada de los arhuacos, dentro de la llamada línea negra.	Concedida
55.	T-857/14	Proyecto de pequeña represa en jurisdicción de los emberá.	Negada
56.	T-969/14	Saneamiento emisario submarino en comunidad de afrodescendientes cerca de Cartagena.	Concedida
57.	T-247/15	Los pueblos mapayerri y la reforma del registro catastral sin consulta previa.	Concedida
58.	T-256/15	Contaminación por la emisión de partículas de carbono en los territorios de afrocolombianos de Barrancas en La Guajira.	Concedida
59.	T-359/15	Explotación petrolera en los territorios de los pueblos indígenas awá ubicados en la región del Putumayo.	Concedida
60.	T-438/15	Minería artesanal e informal de oro en la histórica y emblemática ciudad de Marmato, Caldas.	Anulada
61.	T-485/15	Comunidad afrodescendiente de la isla de Barú, cerca de Cartagena. Planeación y ejecución de un proyecto hotelero.	Concedida
62.	T-550/15	Paseo turístico en Buenaventura en la costa del Pacífico.	Rechazada
63.	T-597/15	Restricción temporal para trabajar en una playa.	Negada
64.	T-660/15	Línea ferroviaria que transporta carbono en los territorios de la comunidad afrodescendiente de Suto Gende Ase Ngande.	Concedida
65.	T-661/15	Clanes wayúus en conflicto por decisión administrativa que adjudicó territorios en disputa y proyectos de infraestructura.	Concedida
66.	T-764/15	Explotación petrolera en los territorios de la comunidad de Pirirí (Puerto Gaitán).	Concedida
67.	T-766/15	El caso de alto impacto de las áreas estratégicas mineras en todo el país.	Concedida
68.	T-005/16	Base militar y torres de telecomunicaciones en los territorios arhuacos.	Concedida
69.	T-041/16	Licencia ambiental para la extracción de petróleo en los territorios de los indígenas Corozal Tapajojo.	Negada

Caso		Tema central	Decisión
70.	T-110/16	Tutela contra proyecto de ley para la organización territorial especial Zidres.	Negada
71.	T-197/16	Construcción y operación del oleoducto Loop San Mateo-Mamonal en territorios indígenas de Pasacaballos.	Concedida
72.	T-213/16	Tutela contra la Ley 223 de 2015 por la organización territorial especial Zidres.	Negada
73.	T-226/16	Comunidad afrodescendiente La Boquilla y cumplimiento de la Sentencia T-376 de 2012.	Negada
74.	T-288A/16	La comunidad indígena Guatavita Tua y la construcción de un oleoducto hacia el océano Pacífico.	Concedida
75.	T-313/16	La comunidad de Pijao y un problema de superposición de territorios.	Negada
76.	T-436/16	El pueblo zenú contra la construcción de una carretera.	Concedida
77.	T-475/16	Plan para la primera infancia que no fue consultado con una comunidad afro.	Concedida
78.	T-530/16	Delimitación de territorios de emberá chamí y de comunidad afro en la región de Caldas.	Concedida
79.	T-605/16	Oleoducto San Mateo-Mamonal en territorios indígenas de Maisheshe La Chivera.	Concedida
80.	T-704/16	Ampliación de un puerto y derechos de los pueblos de Media Luna Dos.	Concedida
81.	T-730/16	Explotación petrolera en los territorios del Putumayo de los pueblos Naza.	Concedida
82.	SU-133/17	Minería artesanal e informal de oro en la histórica y emblemática comunidad de Marmato, Caldas.	Concedida

Nota: Las decisiones están hipervinculadas para la versión digital.

Fuente: Compilación del autor a partir de la base de datos de la Corte Constitucional (www.corte-constitucional.gov.co).

Tabla 5. Estándares de la Corte Constitucional de Colombia en materia de intervenciones directas en territorios protegidos por la consulta previa de pueblos indígenas y afrodescendientes.

Control concreto (Sentencia T-129 de 2011)

1.	La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.
2.	No se admiten posturas adversas o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.
3.	No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.
4.	Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.
5.	Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.
6.	Es obligatorio definir el procedimiento en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y/o posconsultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.
7.	Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas. (Complementado por el principio de proporcionalidad conforme a la Sentencia T-376 de 2012.)
8.	Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que lleve a poner en riesgo la existencia de la misma. En todo caso, en el evento de que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría el aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas de conformidad con el principio de interpretación <i>pro homine</i> .
9.	Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

10.	Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.
11.	Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la nación.

Fuente: Sentencia T-129 de 2011.

Referencias

- ABELLO, C. J., “Consulta previa en casos de minería para comunidades indígenas y tribales”, *Trans-pasando Fronteras*, núm. 2, 2012, pp. 111-124.
- ACOSTA, P. A., *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- AGUILAR, G., “Emergence of a Common Constitutional Law? Indigenous Peoples’ Case, Part I and Part II”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 25-26.
- ANAYA, J. S., “International Human Rights and Indigenous Peoples: The Move toward the Multicultural State”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 21, núm. 1, 2004.
- BARELLI, M., “Free, Prior and Informed Consent in the Aftermath of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Developments and Challenges Ahead”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 16, núm. 1, 2012, pp. 1-24.
- BONILLA, D., *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- BUSTOS, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.
- CAROZZA, P. G. y P. GONZÁLEZ, “The Final Word? Constitutional Dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A Reply to Jorge Contesse”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 436-442.
- CEPEDA, M. J. y D. LANDAU, *Colombian Constitutional Law: Leading Cases*, Nueva York, Oxford University Press, 2017.
- CORNEJO, L. “New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 372-392.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), *Colombia, una nación multicultural, su diversidad étnica*, Bogotá, DANE, 2007.
- DOYLE, C., *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The Transformative Role of Free, Prior and Informed Consent*, Londres, Routledge, 2015.

- El Espectador*, “La satanización de la consulta previa”, Editorial, 25 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/satanizacion-de-consulta-previa-articulo-618787>
- _____, “Santos dice que consultas previas y audiencias públicas ‘son un dolor de cabeza’”, *Política*, 16 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-dice-consultas-previas-y-audiencias-publicas-son-articulo-440645>
- GARGARELLA, R., *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- _____, “We the People’ outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, vol. 67, núm. 1, 2014, pp. 1-47.
- _____, “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en T. BUSTAMANTE y B. GONÇALVES (eds.), *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Ginebra, Springer, 2016.
- GÓNGORA, M., *Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas*, en E. FERRER, A. VON BOGDANDY y M. MORALES (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, MPIL e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- HANNA, P. y F. VANCLAY, “Human Rights, Indigenous Peoples and the Concept of Free, Prior and Informed Consent”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 146-157.
- HERRERA, J. C., “Las cláusulas de integración en las constituciones de Suramérica”, *Colombia Internacional*, núm. 86, 2016.
- _____, “La cláusula latinoamericana de integración en Colombia: entre el ‘lazo de la unión’ y la tautología de la ‘camisa de fuerza’”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 37, 2016, pp. 127-163.
- _____, “Judicial dialogue and transformative constitutionalism in Latin America: The case of indigenous peoples and afro-descendants”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, mayo-agosto de 2019, pp. 191-233. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n43.08>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “Human Rights Protection in the Context of Extraction, Exploitation, and Development Activities”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015. Disponible en: www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/ExtractiveIndustries2016.pdf (24.1.2018).
- LANDAU, D., “The Two Discourses in Colombian Constitutional Jurisprudence: A New Approach to Modeling Judicial Behavior in Latin America”, *George Washington International Law Review*, vol. 37, núm. 3, 2005, pp. 687-744.
- _____, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, *Boston College Law Review*, vol. 55, núm. 5, 2014.

- McGOLDRICK, D., "Multiculturalism and its Discontents", *Human Rights Law Review*, vol. 5, núm. 1, 2005, pp. 27-56.
- MORALES, M., "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*", en A. VON BOGDANDY, H. FIX-FIERRO y M. MORALES (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM y MPIL, 2014.
- NEGISHI, Y., "The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 2, 2017, pp. 457-481.
- NOGUEIRA, H., "El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en C. STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, pp. 531-540.
- OLIVARES, E., "Indigenous Peoples' Rights and the Extractive Industry: Jurisprudence from the Inter-American System of Human Rights", *Gottingen Journal of International Law*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 187-204.
- PADILLA, G., "Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado", en C. STEINER (ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 19, Bogotá, Universidad del Rosario y Konrad Adenauer-Stiftung, 2013, pp. 364-365.
- PASQUALUCCI, J. M., "The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System", *Human Rights Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 281-322.
- SAIZ, A., "La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo", en A. SAIZ, J. SOLANES y J. E. ROA (eds.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- SANDEL, M., *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, FSG, 2012.
- SALINAS, C. E., "Prior Consultation as a Mandatory Requirement within Administrative Content Can Directly Affect Indigenous and Tribal Communities in Colombia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, 2011.
- SAUL, B., *Indigenous Peoples and Human Rights: International and Regional Jurisprudence*, Londres, Bloomsbury, 2016.
- SCHETTINI, A., "Toward a New Paradigm of Human Rights Protection for Indigenous Peoples: A Critical Analysis of the Parameters Established by the Inter-American Court of Human Rights", *SUR-International Journal on Human Rights*, vol. 9, núm. 17, pp. 59-86.
- SCHILLING-VACAFLOR, A. y R. FLEMMER, "Conflict Transformation through Prior Consultation? Lessons from Peru", *Journal of Latin American Studies*, vol. 47, núm. 4, 2015, pp. 811-839.

- SCHÖNSTEINER, J., A. BELTRÁN y D. A. LOVERA, “Reflections on the Human Rights Challenges of Consolidating Democracies: Recent Developments in the Inter-American System of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 2, 2011, pp. 362-389.
- STAVENHAGEN, R., *Peasants. Culture and Indigenous Peoples: Critical Issues*, Heidelberg, Springer-Colegio de México, 2013.
- TORRES, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- UPRIMNY, R., “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en R. GARGARELLA y T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006.
- VALLEJO, F., “Prior Consultation Process in the Judgments of the Constitutional Court of Colombia”, *Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 14, 2016.
- VON BOGDANDY, A. et al., *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- WORLD BANK, *Indigenous Latin America in the Twenty-First Century: The First Decade*, Washington, World Bank Group, 2015. Disponible en: openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23751/IndigenousLatoyootheofirstodecade.pdf;sequence=1 (18.1.2018).
- WRIGHT, C., “Indigenous Mobilisation and the Law of Consultation in Peru: A Boomerang Pattern?”, *The International Indigenous Policy Journal*, vol. 5, núm. 4, 2014.
- YRIART, M., “Jurisprudence in a Political Vortex. The Right of Indigenous Peoples to Give or Withhold Consent to Investment and Development Projects – The Implementation of Saramaka v. Suriname”, en Y. HAECK, O. RUIZ y C. BURBANO (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, Intersentia, 2015.

Héctor Fernández Vásquez* (Venezuela)

La protección judicial de los derechos colectivos y difusos en Venezuela

RESUMEN

En las últimas tres décadas se observa una tendencia en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos a constitucionalizar derechos de incidencia colectiva, así como instrumentos procesales para lograr su efectiva protección. Venezuela no ha sido la excepción, puesto que en el artículo 26 de su Constitución, además de otorgar reconocimiento formal a esos derechos, se ordena darles efectiva tutela judicial. En el presente artículo se juzga si la judicatura venezolana ha cumplido con ese mandato, no sin antes intentar una aproximación al concepto de los derechos colectivos y difusos desde una perspectiva de derecho procesal constitucional.

Palabras clave: derechos colectivos y difusos, indivisibilidad y transindividualidad, tutela judicial efectiva.

ZUSAMMENFASSUNG

In den vergangenen drei Jahrzehnten lässt sich in den Rechtsordnungen der lateinamerikanischen Staaten die Tendenz beobachten, kollektive Rechte ebenso in der Verfassung zu verankern wie die Prozessvorschriften, mit denen ihr effektiver Schutz gewährleistet werden soll. Venezuela bildet hier insofern keine Ausnahme, als Artikel 26 seiner Verfassung diese Rechte nicht nur formell anerkennt, sondern auch ihren effektiven Rechtsschutz bestimmt. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob die venezolanische Justiz diesem Auftrag nachgekommen ist, unternimmt jedoch zunächst eine Annäherung an das Konzept der kollektiven, einklagbaren Rechte aus der Perspektive des Verfassungsprozessrechts.

Schlagwörter: Kollektive, einklagbare Rechte, Unteilbarkeit und Transindividualität, effektiver Rechtsschutz.

* Especialista en Derecho Procesal y Parlamentario, UCAB, Universidad de Salamanca. Profesor de pregrado y posgrado en Derecho Procesal, Derecho Civil y Derecho de Familia y Menores, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). hfernandez@afalegal.net

ABSTRACT

Over the last three decades there has been a trend in the legal systems of Latin American countries towards the constitutionalization of collective advocacy rights, as well as procedural instruments for achieving their effective protection. Venezuela has not been the exception, given that Article 26 of the Constitution, in addition to granting formal recognition to those rights, mandates that they be given effective judicial protection. This article discusses whether the Venezuelan judiciary has complied with this mandate, not without first attempting an approach to the concept of collective and diffuse rights from a constitutional procedural law perspective.

Key words: collective and diffuse rights, indivisibility and transindividuality, effective judicial protection.

Introducción

Aun cuando en el próximo apartado se profundiza en su conceptualización, conviene iniciar el texto indicando, *grosso modo*, que por derechos de incidencia colectiva o, simplemente, colectivos y difusos, suelen entenderse aquellos derechos de naturaleza transindividual, que en forma indivisible son compartidos por una categoría colectiva o difusa de personas.

Así, por ejemplo, la pureza del aire, el disfrute de los espacios públicos o la veracidad de la publicidad son derechos de incidencia colectiva, ya que no pueden ser objeto de apropiación individual exclusiva, pues tienen entidad propia y trascienden la esfera de derechos individuales de los ciudadanos, es decir, pertenecen a comunidades enteras entendidas como un todo.

De igual modo, ninguno de esos derechos puede ser dividido en partes o porciones atribuibles a cada uno de los miembros del grupo. De allí que su vulneración o quebrantamiento cause daños o lesione a toda la clase o categoría y no solamente a determinados individuos, y que su realización o satisfacción aproveche a todo el colectivo. Una publicidad engañosa o un daño medioambiental, por poner un caso, afectan a toda la clase, categoría o grupo de personas. Asimismo, todo el colectivo resulta beneficiado cuando se ordena retirar del aire el anuncio publicitario no veraz o se prohíbe continuar con una actividad que está causando contaminación ambiental.

De otra parte, el derecho de incidencia grupal será colectivo si su negación o realización incide solamente sobre una categoría subjetiva colectiva (entendida como una clase, serie o grupo de personas determinadas o determinables, verbigracia un gremio, un sindicato, un colegio profesional o una asociación de vecinos), mientras que será difuso, si los efectos de su realización o de su desmejoramiento recaen sobre una categoría indefinida de personas, es decir, sobre un conglomerado disperso de personas indeterminadas o de muy difícil determinación, como pueden serlo los consumidores de un producto, los afectados por la contaminación ambiental o, incluso, lo que nos parece muy importante, grupos tradicionalmente excluidos o en

situación de especial vulnerabilidad, como los indígenas, los niños y adolescentes, las mujeres, los afrodescendientes, los discapacitados, etc.

Aclarado lo anterior, corresponde decir ahora que, como bien lo apunta Jaime Orlando Santofimio,¹ los derechos de incidencia colectiva constituyen verdaderos derechos sociales. Esto debido a que, de acuerdo con Oswaldo Gozaíni,² tienen por finalidad la protección de valores públicos como el orden, la seguridad, la paz, el poder, la solidaridad, la cooperación, la justicia social, el medio ambiente sano y libre de contaminación, etc. De allí que este autor argentino advierta la necesidad imperiosa de asegurar su adecuada y efectiva preservación, a través de los medios instrumentales correspondientes.

Así pareció haber sido entendido en la antigua Roma, donde se idearon acciones tales como la *interdicto pretorio* y la *actio pro populo*. La primera protegía intereses de incidencia colectiva como, por ejemplo, contar con vías públicas libres de contaminación. La segunda permitía perseguir conductas que perturbasen la paz y el bienestar común. De igual modo, del *Digesto* 43, 8, 2, 2 puede extraerse un fragmento de Ulpiano, en el que se afirma que le correspondía al *populus romanus*, o pluralidad de ciudadanos, la protección del derecho público difuso que estaba referido al uso común de la *res pública* o cosa pública.³

No obstante, con el devenir de los siglos y, especialmente, a partir del triunfo del liberalismo y de la codificación –con su visión meramente individualista, según la cual cada individuo acciona por sus propios intereses, sin consideración de otros que pudieran encontrarse en su misma situación– los derechos de incidencia colectiva dejaron de ser considerados como jurídicamente protegibles. Los códigos procesales, de profundas raíces individualistas, solo planteaban la figura de los litisconsorcios o procesos con pluralidad de partes.

Y es que el hecho de que no estuvieran siempre referidos a un titular determinado o determinable, esto es, que no tuvieran una pertenencia manifiesta,⁴ impedía enfrentar el problema de la justiciabilidad de los derechos de grupo a las corrientes imperantes en el Estado liberal clásico, las cuales ubicaban al hombre

¹ Jaime Orlando Santofimio, “Las acciones constitucionales populares y sus vicisitudes a la luz de la jurisprudencia convencional y constitucional: cuatro variaciones en torno a su aplicación judicial”, en Ana Giacomette (coord.), *Nuevos escenarios de litigio constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018, pp. 57 a 90.

² Oswaldo Gozaíni, “La legitimación para obrar y los intereses difusos”, en Rolando Arazi (coord.), *Derecho procesal en víspera del siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 1997.

³ A mayor abundamiento puede consultarse a Lucio Cabrera Acevedo, “La tutela de los intereses colectivos y difusos”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 12, núms. 12-13, 1992.

⁴ Y es que como preclaramente lo afirma Jaime Orlando Santofimio (*op. cit.*), los derechos de incidencia colectiva no se relacionan con un sujeto determinado, sino con el provecho o beneficio de la colectividad, de la generalidad, del pueblo mismo, quienes vendrían a ser sus titulares. Esto choca evidentemente con la concepción clásica del derecho subjetivo de corte individualista.

individualmente considerado como centro del universo y, en consecuencia, del derecho.

Sin embargo, el advenimiento del Estado democrático y social de derecho, que obliga al Estado a reconocer y proteger tanto los derechos sociales, económicos y culturales de la población⁵ como los derechos que el jurista checoslovaco Karel Vasak llamó de tercera generación⁶ y que incluyen, entre otros, los derechos al desarrollo,

⁵ Como acertadamente apunta Eduardo Ferrer, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, fue el primer ordenamiento constitucional en consagrar derechos sociales, entre otros, los derechos a la educación, la tierra y ciertos derechos laborales específicos. De allí que, en la misma, según lo advierte el reputado jurista y magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene su origen el constitucionalismo social (Eduardo Ferrer “Juicio de amparo mexicano”, en Antonio Gidi y Eduardo Ferrer, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2004).

La Constitución de la República de Weimar de 1920, adelantada sin duda para su tiempo, también se cuenta entre las primeras constituciones que recogieron y positivarón los derechos sociales, económicos y culturales, y permitieron el nacimiento y el desarrollo de diversos intereses colectivos propios de grupos sociales o categorías de individuos. Por eso se la considera como antecedente histórico del reconocimiento de los intereses difusos y colectivos.

En este orden narrativo, hay que agregar también como antecedente histórico a la institucionalización de la figura del *ombudsman* o defensor del pueblo en diversos países, los que, mediante su gestión, pretendieron dar solución a la defensa de los intereses colectivos y difusos. El artículo 281 de la Constitución venezolana, por cierto, habilita al defensor del pueblo para interponer esta clase de acciones. Con todo, fue el *common law* el sistema que acogió y desarrolló en una primera época las acciones que nacen de los intereses difusos y colectivos. Esto a través de la *Bill of Peace*, procedimiento instaurado en Inglaterra, basado en la equidad, que presupone la existencia de un número elevado de titulares de derechos, es decir, derechos que pertenecen a una categoría, a una clase de personas y que posibilitan un tratamiento procesal unitario y simultáneo de todas ellas, por intermedio de la presencia en juicio de un único representante de la clase.

⁶ En efecto, la propuesta de “generaciones” en derechos humanos, o criterio histórico, aceptada mundialmente a partir de la década de los ochenta del pasado siglo, pero que por sus riesgos y sombras actualmente pareciera haber quedado superada, fue concebida por Karel Vasak. Consideraba este profesor y miembro del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, que en la evolución histórica de los derechos humanos podían distinguirse tres generaciones. Esto lo explicaba resumidamente de la siguiente manera: “Mientras los derechos de la primera generación (civiles y políticos), se basan en el derecho de oponerse al Estado y los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos de la tercera generación, que ahora se proponen a la comunidad internacional, son los derechos de la solidaridad” (Karel Vasak, “La larga lucha por los derechos humanos”, *El correo de la Unesco*, 1977, pp. 29-32). Sobre estos últimos, los de tercera generación, Katia Jiménez apuntaba que se corresponden “a las nuevas necesidades del hombre y de la colectividad humana en el actual grado de su desarrollo y evolución, y se estructuran sobre el sentido común de solidaridad humana”. Así las cosas, continuaba la autora, “se inicia la configuración de una nueva categoría de derechos humanos llamados de solidaridad o derechos de la tercera generación, como son el derecho a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, entre otros. Surgen y se van conformando como respuesta a los problemas y necesidades que actualmente tiene la humanidad”. Y finalizaba diciendo: “Los derechos de tercera generación, y por tanto también

a la paz, al medio ambiente y al patrimonio común de la humanidad,⁷ ha provocado que actualmente y cada vez más se otorgue reconocimiento a estos derechos difusos y colectivos o “derechos de solidaridad”.⁸ Y no menos importante, que se hayan no solo concebido, sino también instaurado, incluso a nivel constitucional, fórmulas procesales –acciones, mecanismos y procedimientos– para responder al problema de su justiciabilidad.

Ese es el caso de los países de la región latinoamericana, cuyos ordenamientos jurídicos mayormente preconizan ese Estado social de derecho, que es democrático y de solidaridad. En los mismos se observa una tendencia bastante acentuada a concebir y constitucionalizar mecanismos procesales de protección de derechos de incidencia colectiva, sobre todo durante las tres últimas décadas.

De lo anterior constituyen claros ejemplos, solo por citar algunos, el artículo 43 del texto constitucional federal argentino, que en su párrafo segundo consagra el denominado doctrinariamente “amparo colectivo”;⁹ el inciso segundo del precepto 88 constitucional de la República de Colombia, contentivo de las denominadas acciones populares;¹⁰ y una norma que es pionera en Latinoamérica para la protección

los colectivos, sirven de complemento a los de las dos generaciones anteriores en cuanto se refieren a la creación de condiciones concretas para el ejercicio de estos últimos. Por ejemplo: el derecho de tercera generación al progreso crea condiciones para ejercer efectivamente el derecho de segunda generación al trabajo. Asimismo, el derecho de tercera generación a un medio ambiente sano es una condición necesaria para ejercer derechos de primera generación como el derecho a la vida o a la integridad física, por ejemplo” (Katia Jiménez Martínez, “Los derechos e intereses colectivos y difusos en la Constitución de 2010. Doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre los derechos e intereses colectivos y difusos. Sus garantías y desafíos”, II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, Santo Domingo, 2014, pp. 3-4).

⁷ Álvaro Badell, “La tutela judicial de los intereses colectivos y difusos”, *Revista de Derecho del TSJ*, núm. 14, 2004.

⁸ Así gustaba llamar Butros-Ghali, Secretario General de las Naciones Unidas entre 1992 y 1996, a los derechos colectivos y difusos. En sus propias palabras, extraídas de una cita de Katia Jiménez Martínez: “Todo el mundo sabe que la Asamblea General debe profundizar su reflexión sobre la universalidad de los derechos humanos, elaborando derechos colectivos, que a mí me gusta llamar derechos de solidaridad, derechos que nos remiten a una universalidad proyectada, que supone la acción conjunta de todos los agentes sociales tanto en el plano interno como internacional” (Jiménez, *op. cit.*, p. 1).

⁹ En relación con los amparos colectivos, enseña Néstor Pedro Sagüés, que tienen por objeto atacar cualquier forma de discriminación y tutelar los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general (“Las acciones populares en el derecho nacional argentino. De la renuencia a una incipiente permisividad”, en Ana Giacomette Ferrer (coord.), *Nuevos escenarios de litigio constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018, pp. 121-137).

¹⁰ Sobre estas acciones populares, Jaime Orlando Santofimio explica que “constituyen el conjunto de pretensiones que por vía de acción cualquier persona en nombre de la comunidad –sin que ella se considere nunca una persona jurídica, o institución y funcionario expresamente legitimado por la ley–, puede intentar directamente o por intermedio de apoderado ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena o, si es del

de derechos transindividuales, como lo es la contenida en el artículo 5º, fracción XXIII, de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.¹¹

Mención aparte nos merece la norma contenida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual, siguiendo con esa inclinación del derecho positivo latinoamericano, otorga reconocimiento formal a los derechos colectivos y a los derechos difusos, ordenando expresamente su tutela judicial efectiva. Su análisis y el juzgamiento de sus resultados prácticos constituyen objeto del presente manuscrito.

Pero antes, por considerarlo pertinente a los fines referidos en el párrafo precedente, se destinan algunas líneas a delimitar con mayor profundidad los derechos difusos y colectivos. Esto mediante el análisis, desde una perspectiva de derecho procesal-constitucional, de los conceptos que los definen, entre los cuales los principales nos parece que son, y en eso seguimos doctrina calificada, los ya esbozados de “indivisibilidad” y “transindividualidad”.

1. Conceptualización de los derechos difusos y colectivos

1.1. Características esenciales y comunes de los derechos colectivos y difusos

La conceptualización de los derechos difusos y de los derechos colectivos siempre ha sido objeto de duda, tanto, que incluso se les ha calificado doctrinariamente como “personajes misteriosos”.¹² Pareciera, sin embargo, haberse alcanzado cierto consenso a nivel doctrinario, al menos en Iberoamérica, en que las características esenciales y comunes de los derechos colectivos y difusos, esto es, los datos predominantes, que permiten identificarlos, son la transindividualidad y la indivisibilidad del bien objeto de interés.¹³

caso, una decisión preventiva, anticipatoria-precautoria, protectora indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, amenazados o violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por los particulares” (Santofimio, *op. cit.*, pp. 61-62).

¹¹ Dicha norma constitucional establece que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer una acción popular dirigida a anular actos lesivos contra el patrimonio público o de entidades en las que el Estado participe, la moralidad administrativa, el medio ambiente o el patrimonio histórico y cultural.

¹² De allí que Fairén Guillén, citado por Eduardo Ferrer, sostenga que estos intereses o derechos representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco, a tal punto que se les ha llegado a calificar sarcásticamente de intereses difusos, profusos y confusos, o como un personaje absolutamente misterioso (Ferrer, *op. cit.*, pp. 460-530).

¹³ Kazuo Watanabe, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso en el proceso”, en Gidi y Ferrer, *op. cit.*, pp. 4-5.

Cuando se alude a que los derechos difusos y colectivos son transindividuales –o como también lo apunta Bujosa-Vadell,¹⁴ supraindividuales, superindividuales, metaindividuales o transpersonales–, lo que se pretende significar es que se trata de derechos que trascienden la esfera individual, que son diferentes a los derechos subjetivos estrictamente individuales o a la mera pluralidad, suma o agregado de los mismos, singularmente considerados.¹⁵

Se trata de derechos o intereses que no son exclusivos de una persona determinada, sino que son compartidos por diversos sujetos,¹⁶ los cuales se encuentran unidos por un mismo fin, conformando en ese sentido un ente exponencial, que puede ser una comunidad indeterminada y amorfa en el caso de los derechos difusos, o una comunidad unificada, más o menos determinable en cuanto a sus componentes, en el caso de los derechos colectivos.

No son, entonces, intereses “sin dueño” como ha pretendido calificarlos cierto sector doctrinario. Al contrario, nos atrevemos a lanzar la frase de que son intereses con pluralidad de propietarios, ya que pertenecen, al mismo tiempo, a toda una comunidad o colectividad y a cada uno de los miembros de la misma. Con todo, insistimos en que, si bien son intereses comunes a todos los que forman parte del grupo, no se confunden con los derechos estrictamente individuales de cada uno de ellos.

Son transindividuales, por ejemplo, los intereses relacionados con la protección de la salud colectiva y la seguridad social; la defensa del medio ambiente; la conservación y el equilibrio ecológico; la educación; la prevención de desastres; la conservación de las especies; la preservación de los recursos naturales; la belleza escénica; el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la defensa del patrimonio público; la defensa del patrimonio cultural de la nación; el desarrollo urbano; la calidad de los servicios públicos; la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las normas jurídicas y de manera ordenada; la moralidad administrativa, etc.¹⁷ Incluso, se ha llegado a hablar de la legalidad constitucional como uno de estos derechos.

¹⁴ Lorenzo Bujosa-Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995.

¹⁵ Antonio Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en Brasil. Un modelo para países de derechos civil*, México, UNAM, 2004.

¹⁶ Juan Carlos Venini, “El daño y los intereses difusos”, en Aída Kemelmajer (dir.), Carlos Parellada (coord.), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1996, p. 67.

¹⁷ Varios de estos derechos o intereses transindividuales se encuentran incorporados al texto constitucional venezolano, contando con diversificada y especial protección. Así, por ejemplo, el derecho al goce de un ambiente sano y libre de contaminación se encuentra consagrado en los artículos 127 y 128 de la carta magna; el derecho a la seguridad y a la salubridad pública se encuentra consagrado en los artículos 83 y 84 *eiusdem*; los derechos de los consumidores y usuarios en los artículos 112 y 114 constitucionales y el derecho a la información adecuada y no engañosa en el artículo 117 de la Constitución. La consagración y defensa de todos estos derechos en la Constitución no es sino una consecuencia de los modelos de Estado social que la narta magna adopta.

Por otra parte, estos derechos o intereses pertinentes al mismo tiempo a toda una comunidad o colectividad y a cada uno de los miembros que la conforman, no son susceptibles de apropiación individual exclusiva por ninguno de tales miembros. Y no lo pueden ser precisamente por la naturaleza indivisible, inescindible, no fraccionable, de los bienes que constituyen su objeto.¹⁸ Con lo anterior se pretende significar que los intereses difusos y colectivos están referidos a bienes indivisibles, es decir, a bienes que no pueden ser divididos en porciones, pedazos o cuotas repartibles entre cada uno de los interesados. Consecuencia de ello es que, como lo subraya Ángel Landoni, “no puede discernirse dónde comienza ni dónde acaba la cuota de interés de cada uno de los interesados”.¹⁹

Y es que como preclaramente lo ha apuntado Barboza Moreira, citado por Landoni,²⁰ los titulares del interés colectivo o difuso se encuentran “en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión de la entera colectividad”.

Con todo, hay que advertir que un mismo hecho, acto u omisión puede afectar o causar lesiones o simples amenazas a intereses o derechos colectivos o difusos y también a intereses o derechos individuales.²¹ Piénsese, por ejemplo, en una publicidad engañosa. Como publicidad, el engaño podría afectar a un número indeterminado de personas y, en consecuencia, lesionar intereses o derechos difusos. Pero también podría lesionar o afectar derechos o intereses privados, verbigracia, los de los consumidores que a consecuencia del engaño hubieran adquirido el producto ofrecido y a los que seguramente se les ocasionaron daños individualizados y diferenciados.

Así las cosas, podría pasar que ese hecho de la publicidad engañosa pudiera dar lugar a la deducibilidad en juicio de una pretensión de tutela de derechos colectivos o difusos en la que, pongamos por caso, se pida el retiro de los medios de comunicación social de la publicidad engañosa; o a una demanda para la tutela de derechos individuales, que tenga por objeto, por ejemplo, una pretensión de reparación de

¹⁸ Este criterio ha sido acogido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en diversos fallos. Así, por ejemplo, en Sentencia 612 de 15 de julio de 2016, ratificada en Sentencia 798 de 19 de agosto de 2016, dicha Sala afirmó: “En estos casos es imposible la individualización o solución exclusiva de la situación jurídica del peticionario sin consecuencias jurídicas para el resto, dada la indivisibilidad del derecho o interés lesionado”.

¹⁹ Ángel Landoni, “Análisis del Anteproyecto de Código Modelo para los Procesos Colectivos en Iberoamérica”, en Gidi y Ferrer, *op. cit.*, p. 382. En igual sentido se pronuncia Paolo Longo, al hacer el comentario de que a cada uno de los miembros del grupo le corresponde una cuota ilíquida, no precisada de aquel interés (“La acción de protección, principios y procedimientos”, en *Segundo Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Caracas, UCAB, 2002).

²⁰ Landoni, *idem*.

²¹ Al respecto pueden ser consultadas las siguientes sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: 1571 de 28 de agosto de 2001, Caso “Asodiviprilara”, y 1321 de 19 de junio de 2002, Caso Máximo Febres Siso.

los daños y perjuicios sufridos individualmente. Incluso, podría perfectamente suceder que varias personas decidieran demandar en forma conjunta, formando un litisconsorcio, para pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios individualizados y diferenciados que a cada una de ellas singularmente le fueron causados.²²

El ejemplo del párrafo precedente pone de relieve que la calificación de la pretensión como tuitiva de derechos colectivos o de derechos difusos, o como tuitiva de derechos subjetivos individuales, dependerá, como preclaramente lo enseña la mejor doctrina,²³ del modo en que se formula el pedido de provisión jurisdiccional. Esto es, atendiendo a la causa de pedir y a lo pedido, dado que en las pretensiones que se deduzcan para la tutela de derechos e intereses colectivos y difusos, lo pedido siempre será la protección de un bien jurídico de naturaleza indivisible.

1.2. La determinabilidad como factor que diferencia los derechos colectivos de los derechos difusos

El método descrito, utilizado para la definición calificadora del derecho o interés puesto en juego, que atiende o que lo hace con vista o en función del modo como se formuló el pedido de provisión jurisdiccional (esto es, poniendo el acento en el análisis de lo pedido y en la causa de pedir), abona también a la tarea de tratar de distinguir los derechos colectivos de los derechos difusos, pues como lo hace notar José Luis Villegas:

He aquí, pues, la enorme diferencia que existe cuando se trata de aislar un interés colectivo de un interés difuso desde el plano normativo y desde el plano personal; en el primer caso, un mismo interés puede ser igualmente colectivo y difuso; en el segundo caso, tal confusión no es posible.

²² Aun cuando sobrepasa el alcance del presente trabajo, valga señalar que para dar cauce a pretensiones de este tipo, es decir, de protección de intereses individuales de un número importante de personas que, por encontrarse en circunstancias similares, pudieran ser colectivamente tratadas mediante una acción conjunta, los ordenamientos jurídicos de Brasil, Argentina y Colombia han diseñado e instaurado vías procedimentales especiales, diferenciadas y más breves que las del procedimiento ordinario previsto en sus legislaciones, las cuales tienen su origen en las *class actions for damage* norteamericanas. Se hace referencia al procedimiento de tutela de derechos individuales homogéneos previsto en el artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor de la República Federativa del Brasil, la acción de grupo prevista en el artículo 3 de la Ley 472 de 1998 de la República de Colombia y a la acción de clase que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de Argentina, tal como lo subraya Sagüés (*op. cit.*), “anida” en el artículo 43 de su Constitución. Venezuela no cuenta con un procedimiento especial para dar trámite a este tipo de pretensiones, siendo que su ejercicio debe efectuarse bajo las fauces del procedimiento ordinario, acudiéndose al expediente del proceso con pluralidad de partes o litisconsorcio. Al respecto, puede ser consultada la Sentencia 770 de 17 de mayo de 2001, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, dictada en el caso “Cadafé”.

²³ Watanabe, *op. cit.*

Así, cuando en una situación determinada se *pretende la tutela jurisdiccional de un interés pluripersonal y los efectos que se aspiran con la sentencia* no se agotan en la categoría subjetiva representada, sino que se extenderían y propagarían más allá de los límites subjetivos de quienes se dicen legitimados, el interés cuya protección se requiere sería indudablemente difuso; en cambio, *si ante alguna situación concreta, la pretensión se dirige a obtener una tutela que*, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, solo producirá efectos en la categoría subjetiva procesalmente presente en el juicio, tal interés sería puramente colectivo. (Énfasis agregado)²⁴

Como se observa, la cuestión por dilucidar, esto es, si el interés en litigio tiene naturaleza colectiva o es de naturaleza difusa, se resuelve con vistas a la *causa petendi* y a lo pedido. Así, si la pretensión de tutela está dirigida a la obtención de un fallo cuyos efectos solo podrían recaer sobre una comunidad determinada o determinable de personas, por el modo en que fue deducida, entonces se estará en presencia de una demanda por intereses colectivos. Si, por el contrario, en función de la tutela jurisdiccional que se pretende, los efectos del eventual fallo tuvieran la potencialidad de expandirse o difundirse exponencialmente sobre un número indeterminado e indeterminable de personas, entonces el interés que estaría en juego sería de naturaleza difusa.

De lo expuesto salta a la vista que el factor “determinabilidad” viene a configurarse en el elemento que diferencia los intereses colectivos de los difusos. Esto, en el sentido de que será difuso el derecho o interés, de naturaleza indivisible, que alcance a un número indeterminado o indeterminable (o, lo que es lo mismo, no identificado o no identificable) de personas. Y, por el contrario, será colectivo el derecho o interés, también inescindible, que pertenezca a un grupo o categoría determinable de personas. En palabras del maestro Caviedes,

... cuando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y respecto del que experimentan una común necesidad sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso.²⁵

Cabe agregar que la determinabilidad solo será posible si existe una previa relación jurídica de base o vínculo común de naturaleza jurídica entre los portadores

²⁴ José Luis Villegas, *La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999.

²⁵ Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Madrid, Aranzadi, 1999.

del derecho o interés, o entre estos y su contraparte, caso en el cual estaremos en presencia de un derecho colectivo. Si, por el contrario, la determinabilidad no es posible, por no existir una relación jurídica de base entre el elenco grupal de los legitimados o entre estos y el demandado, sino que tan solo están unidos por meras circunstancias de hechos y, como bien lo advierte el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela,²⁶ por el derecho que en todos nace de que se les proteja su calidad de vida, entonces el interés que está en juego es de naturaleza difusa. Así lo explica Augusto Morello:

El criterio diferenciador (intereses difusos y derechos colectivos) se lo hace radicar en la circunstancia de que en los primeros existe entre las personas indeterminadas que gozan o son titulares, de intereses de naturaleza indivisible (al aire, al paisaje, al medio sano, etc.) cuya ligación proviene de circunstancias de hecho, no de una preexistente relación o vínculo jurídico; así el convivir en tal lugar; en que todos necesitan de ellos para preservar la vida o la salud (o la información, educación, etc.), o mejor la dignidad y calidad de vida; en tanto en los colectivos, aunque también son derechos de naturaleza pluripersonal, requeridas de protección efectiva (Proto Pisani, Tarufo), la clave, el grupo, la categoría o el conjunto humano que ostenta la titularidad de los mismos están enlazadas entre ellos (o con la parte adversarial) por una relación jurídica sustancial (contratos de consumo, por caso).²⁷

En conclusión, los derechos colectivos se diferencian de los difusos en que no existe un vínculo jurídico previo o una relación-base entre los titulares de un derecho difuso –lo que impide su determinabilidad–, sino que solo están unidos por circunstancias de hechos y por el derecho compartido a que se les proteja su calidad común de vida. En cambio, sí existe una relación jurídica de base o vínculo común de naturaleza jurídica entre los portadores del derecho colectivo o entre estos y su contraparte en la *litis*, siendo la existencia de tal relación jurídica de base o vínculo común lo que permite su determinabilidad.

A modo de ilustración, pongamos por caso una demanda para la defensa de derechos transindividuales, en la que todos los que conforman el elenco grupal de los legitimados celebraron contratos de opción de compraventa de viviendas, entre cuyas cláusulas se previó un ajuste final del precio por motivos de inflación, y piden precisamente su nulidad por considerarla usurera. Pues bien, en caso de que el dispositivo del fallo acoja la pretensión y efectivamente declare nula la referida cláusula, del mismo podrán beneficiarse no solo quienes directamente dedujeron

²⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de 30 de junio de 2000, en el caso conocido como “Dilia Parra Guillén”.

²⁷ Augusto Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editorial Platense, 1999.

la pretensión, sino también todas aquellas personas que, por no haber participado de manera directa del proceso, son en principio indeterminadas, pero fácilmente determinables, por formar parte de una comunidad identificada, conformada por todos aquellos quienes celebraron las respectivas opciones de compraventa con cláusula de ajuste final del precio por motivos de inflación. Y son justo esas opciones de compraventa el vínculo común que une a los portadores del interés, haciéndolos determinables.

Tal relación jurídica de base, en cambio, no está presente entre quienes conforman la comunidad de personas portadoras de un derecho difuso, pues a estas solamente las unen o vinculan meras cuestiones circunstanciales, tales como que son nacionales de un mismo Estado o que tienen interés común en defender el patrimonio artístico o cultural, o que se oponen al deterioro de determinada zona urbana o pretenden su mejoramiento.

Con todo, se advierte que, en otros sistemas jurídicos, como por ejemplo en Colombia, se prescinde de toda distinción entre derechos colectivos y difusos. Así lo observa su Corte Constitucional en la Sentencia C-215 de 1999:

Cabe anotar, que la Constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina, entre intereses *colectivos* e intereses *difusos*, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas, pues ambos intereses se entienden comprendidos en el término “colectivos”. Las acciones populares protegen a la comunidad en sus derechos colectivos y por lo mismo, pueden ser promovidas por cualquier persona a nombre de la comunidad cuando ocurra un daño a un derecho o interés común, sin más requisitos que los que establezca el procedimiento regulado por la ley.

A criterio de quien escribe, el hecho de que en Colombia no se haga distinción entre derechos colectivos y difusos obedece a que la legitimación activa para actuar en defensa de los mismos la tiene todo ciudadano, sin importar que sea miembro o no de la categoría, o si se afirma o no titular por lo menos de una porción del derecho en cuestión. Se trata, entonces, de un verdadero actor popular. De hecho, el mecanismo judicial de protección de derechos de incidencia colectiva en Colombia, elevado a canon constitucional por la norma contenida en el artículo 88, inciso segundo, de la Constitución Política, recibe el nombre de acción popular.²⁸

²⁸ La acción popular fue desarrollada legalmente por medio de la Ley 472 de 5 de agosto de 1998. Con todo, hay que apuntar con Beatriz Londoño que “con un afán técnico jurídico con intenciones igualmente regresivas”, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) cambia la denominación constitucional de acción popular, incluyendo este mecanismo judicial de protección de derechos colectivos dentro de los denominados medios de control (“Acciones populares ambientales en Colombia: logros y desafíos 1998-2018”, en Giacomette, *op. cit.*, p. 94).

2. Los derechos difusos y colectivos en Venezuela. Análisis y juzgamiento de la eficacia material del artículo 26 constitucional, contentivo del marco garantista de los derechos difusos y colectivos

Como se señaló, la carta magna venezolana otorga reconocimiento formal expreso a los derechos colectivos y a los derechos difusos en su artículo 26 –consagradorio del derecho a la tutela judicial efectiva,²⁹ también llamado garantía jurisdiccional, o derecho a la jurisdicción–, y prevé, además, la posibilidad de que cualquier persona demande en juicio la tutela de los mismos. Dicha norma reza:

Artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, *incluso los colectivos o difusos*, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles. (Énfasis agregado)

²⁹ El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado también en las constituciones de la mayoría de los países de la región y que nació para hacer frente a la injusticia, ha sido definido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como “aquel atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual solo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme a derecho, mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho”.

Muy completa, nos parece, esta definición que del derecho a la tutela judicial efectiva formula la Sala Constitucional. La misma –reiterada en diversos fallos– comprende los que consideramos son los principales componentes de este derecho de tan amplio contenido:

- El acceso de los ciudadanos, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, a los organismos jurisdiccionales, para deducir toda clase de pretensiones jurídicas que no sean contrarias a derecho.
- La atención y tramitación de tales pretensiones por los cauces de un debido proceso legal.
- Su resolución de fondo, por medio de decisiones fundadas, congruentes y ajustadas a derecho, dictadas dentro de un plazo razonable, por un juez imparcial preestablecido legalmente, con posibilidades efectivas de lograr su ejecución.

En tal virtud, todos los ciudadanos tienen el derecho constitucional a que, cumplidos los requisitos previstos en las leyes procesales, sus pretensiones de tutela de intereses colectivos o difusos sean atendidas por jueces imparciales predeterminados por la ley; a que a tales pretensiones se les dé curso por medio de procedimientos jurisdiccionales en los que se satisfagan las garantías jurisdiccionales del debido proceso que el artículo 49 constitucional instaure, y a que se resuelva sobre el fondo de lo debatido en tiempo razonable, mediante proveimientos jurisdiccionales motivados, razonables y fundados en derecho, que puedan ser oportunamente ejecutados en los términos en que fueron proferidos.

Con todo, pese a que la Constitución de Venezuela haya considerado a los derechos colectivos y difusos como jurídicamente protegibles, y establecido que todo ciudadano puede actuar en defensa de los mismos ante los tribunales de justicia, ocurre que hasta la promulgación de la Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010³⁰ (LOTSJ), poco o nada se había avanzado a nivel legislativo en la articulación de acciones y procedimientos tipo o generales, que permitiesen efectivamente alcanzar la funcionalidad de estos derechos de grupo para la obtención de la tutela procesal.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial –gracias al activismo judicial de la Sala Constitucional y en el entendido de que se trata de derechos operativos, de aplicación inmediata–³¹ se brindó un cauce procesal para la tramitación de pretensiones de protección jurisdiccional de derechos de incidencia colectiva.

En efecto, en Sentencia 1571 de 22 de agosto de 2001 (Caso Asodeviprilara), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ejerciendo la jurisdicción en forma normativa, tal como se lo permite el artículo 335 constitucional, y ante el silencio legislativo o falta de regulación legal de trámite alguno para la protección jurisdiccional de los derechos colectivos y difusos, acordó que se aplicaría “a la acción planteada el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e intermediación de esta clase de procesos”.

Así las cosas, a partir de esa decisión vinculante del máximo vértice de la jurisdicción constitucional en Venezuela, que en sus partes pertinentes acabamos de citar, toda pretensión deducida para la protección o defensa de derechos colectivos o de derechos difusos, para la cual no se hubiera dispuesto *a priori* un procedimiento específico o especial, debía ser tramitada con base en las reglas de procedimiento del

³⁰ Publicada en la *Gaceta Oficial* 39,522 de 1º de octubre de 2010.

³¹ Sobre el carácter directamente operativo y de aplicación inmediata de los derechos constitucionales, pueden ser consultadas las siguientes sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela: la 07 de 01 de febrero de 2000, Caso “José Armando Mejías”; la 29 de 20 de enero de 2004, Caso “Corpoturismo”; la 1077 de 22 de septiembre de 2000, Caso “Servio Tulio León”; la 1571 de 22 de agosto de 2001, Caso “Asodeviprilara”; y la 1002 de 26 de mayo de 2004, Caso Federación Médica de Venezuela.

juicio oral contenidas en los artículos 859 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (CPC), con las matizaciones derivadas del precitado fallo.

Ya con anterioridad, en la sentencia del Caso “Dilia Parra Guillén”, de 30 de junio de 2000, la Sala Constitucional había declarado que hasta tanto fuera dictada la legislación que regulara esta especial materia de la tutela de los intereses colectivos y difusos, ella se arrogaría como máximo vértice de la jurisdicción constitucional, la competencia exclusiva y excluyente de cualquier otra, para conocer de las demandas que tuvieran por objeto su protección; pasando acto seguido a sentar los criterios jurisprudenciales que se han mantenido inalterados en el tiempo, sobre la conceptualización de tales derechos de incidencia colectiva,³² su naturaleza jurídica, la legitimación activa amplia³³ y elementos esenciales para poder actuar.

³² Sobre el derecho o interés difuso, se dice en el fallo *in comento* que “se refiere a un bien que atañe a todo el mundo, a personas que en principio no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, sino que es un bien asumido por los ciudadanos (pluralidad de sujetos), que, sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión. Ellos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes, que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada. Los daños al ambiente o a los consumidores, por ejemplo, así ocurran en una determinada localidad tienen efectos expansivos que perjudican a los habitantes de grandes sectores del país y hasta del mundo y responden a la prestación indeterminada de protección al ambiente y a los consumidores”. Y por lo que respecta a los intereses colectivos, en el fallo se sostiene lo siguiente: “La lesión que se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, aunque no cuantificado o individualizado, como serían, los habitantes de una zona del país, afectados por la construcción ilegal que genera problemas de servicios públicos en la zona. Estos intereses concretos, focalizados, son los colectivos, referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, dentro del conjunto de personas existe un vínculo jurídico que los une entre ellos. Es el caso de las lesiones a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada”.

³³ Sobre la legitimación de la causa, en el comentado fallo “Dilia Parra Guillén” se señala que en virtud del artículo 26 constitucional, alusivo a que todos los ciudadanos tienen derecho de acceso a la justicia para hacer valer los derechos e intereses colectivos y difusos, la legitimación debe ser tratada en forma amplia, concediéndola a cualquier persona procesalmente capaz, que pretenda impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece. Con todo, advierte la Sala Constitucional que no se está ante una acción popular, en el sentido de que cualquier ciudadano está legitimado para incoarla. Antes bien, explica la Sala, citando a Bidart Campo, que “solamente en materia de intereses difusos o colectivos no se exige interés concreto, propio, inmediato y diferente al de cualquier otro sujeto. El interés es compartido, pero hay invocación de una porción subjetiva del interés común o colectivo, o de un derecho de incidencia colectiva”. En otras palabras, concluye la Sala, es necesario que el actor esgrima su derecho subjetivo, no individual, sino común, por tratarse de un derecho de incidencia colectiva en el sentido amplio de la palabra. Además, señala que el accionante personalmente debe temer la lesión o haberla sufrido o estarla sufriendo como parte de la ciudadanía, por lo que carecerá de legitimación quien no esté domiciliado en el país, o no pueda ser alcanzado por la lesión. Y para finalizar, indica que, dentro de la estructura del Estado, solo el defensor del pueblo está legitimado para ejercer este tipo de pretensiones.

Por todas esas razones, a esta sentencia –también conocida como el fallo del Caso “Defensoría del Pueblo”– se le considera la líder en la materia. La misma, bajo el entendimiento de que los derechos constitucionales tienen carácter directamente operativo y son de aplicación inmediata, definitivamente tuvo la virtud de haber abierto las compuertas para la interposición de pretensiones de tutela de derechos e intereses colectivos y difusos, pese a la ausencia para ese entonces de legislación adjetiva que desarrollase esta materia prevista como garantía en el artículo 26 de la carta magna.

Así pues, bajo ese marco jurisprudencial diseñado principalmente por medio de las sentencias hito “Dilia Parra Guillén” y “Asodeviprilara”, pero a las que podrían sumarse algunas pocas otras, como la recaída en el caso conocido como “William Ojeda”,³⁴ la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerció entre los años 2000 y 2010, de forma exclusiva y excluyente de cualquier otra jurisdicción, el poder-deber público de amparar los derechos colectivos y los derechos difusos, consagrados en el artículo 26 Constitucional, dictando un número muy significativo de decisiones judiciales.

No obstante, la situación cambió con la entrada en vigencia de la LOTSJ, pues en dicho cuerpo legal³⁵ se incluyó un procedimiento general, tipo u ordinario, para tramitar y dar solución a las demandas de justiciabilidad de derechos colectivos y difusos, aplicable en lugar y en sustitución de la vía jurisdiccional diseñada por la Sala Constitucional a través de sus orientaciones jurisprudenciales. Este novel e inédito procedimiento que se reporta se encuentra previsto en el Título XI, Capítulo III, de la LOTSJ, a partir de cuya entrada en vigencia se puede afirmar,³⁶ con toda propiedad, que por vez primera el derecho positivo venezolano cuenta con un procedimiento tipo u ordinario, expresamente desarrollado por ley formal, para la específica protección jurisdiccional de los derechos colectivos y difusos.³⁷

³⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela No. 1053 de 31 de agosto de 2000, M. P. Jesús Eduardo Cabrera.

³⁵ Específicamente en su capítulo III del Título XI, artículos 146 y siguientes.

³⁶ Como igual afirmó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia 426 de 10 de abril de 2012, M. P. Marco Tulio Padrón Dugarte.

³⁷ Con todo, corresponde esclarecer que cuando en el párrafo precedente se alude a que por vez primera cuenta nuestro ordenamiento jurídico con un procedimiento tipo u ordinario para la tutela jurisdiccional de intereses de incidencia colectiva, a lo que se está haciendo referencia o aludiendo es a que antes de la promulgación de la Ley de Reforma no se encontraba disciplinado dentro del sistema jurídico venezolano ningún otro procedimiento asignado por ley formal, para dar cauce a la tramitación de la generalidad de ese tipo de pretensiones. Y es que en nuestra legislación sí se encontraban incorporadas, incluso desde varios años antes de la entrada en vigencia de la LOTSJ, vías procesales dispersas y específicas para hacer valer ciertos derechos colectivos o derechos difusos, pero, aclarando de nuevo, relacionadas con determinadas materias específicas o situaciones especiales, como la protección del medio ambiente, el derecho de los consumidores o el de niños, niñas y adolescentes. De allí que a esos procedimientos específicos se les pueda calificar de especiales, para así distinguirlos del

Aun cuando ello escapa del alcance de este trabajo, hay que advertir que el análisis de dicho procedimiento tipo u ordinario nos parece que cobra un interés acentuado desde el mismo momento en que, por voluntad del legislador, se ha erigido en la vía procesal a través de la cual se deben tramitar todas las pretensiones que se postulen para la protección de derechos colectivos o de derechos difusos, en los casos en que no se haya previsto un procedimiento específico.³⁸

Dicho lo anterior, corresponde decir ahora que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela ha dictado varios fallos –sobre todo antes de la entrada en vigencia del procedimiento legal formal *in comento*– que ciertamente han brindado a derechos de incidencia colectiva, la tutela efectiva adaptada al Estado social de derecho y de justicia que preconiza la Constitución, a fin de garantizar intereses relacionados con el medio ambiente, la salud, la educación, la calidad de vida, etc. Entre esos fallos, a título ilustrativo, se pueden mencionar dos que son emblemáticos por sus logros y por la extensión de sus efectos a todos los terceros que, sin haber sido partes del juicio, se encontraban en una situación similar a la de los demandantes, por lo que formaban parte de la misma categoría o clase de personas. A saber:

- i) La sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002, pronunciada en el ya mencionado caso *Asodiviprilara*, en relación con los créditos indexados. Por medio de la misma se tuteló el

novísimo procedimiento tipo, general u ordinario, disciplinado en los artículos 25 y siguientes de la Ley de Reforma para hipótesis generales.

³⁸ No se ventilarán, por ejemplo, por este procedimiento tipo u ordinario, las causas en las que se invoque la defensa de derechos colectivos o de derechos difusos de niños, niñas o adolescentes. Tales causas, en virtud del principio de la especialidad, se deben continuar tramitando con base en las reglas de procedimiento prescritas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (Lopna). Y es que para la defensa de los derechos colectivos y de los derechos difusos de niños, niñas y adolescente, la Lopna, en su artículo 177 párrafo V, consagra la acción de protección. Tal acción se encuentra literalmente definida en el artículo 276 de la Lopna, como “un recurso judicial contra hechos, actos u omisiones de particulares, órganos o instituciones públicas y privadas que amenacen o violen derechos colectivos o difusos de los niños, niñas y adolescentes”. Asimismo, en el artículo 277 se habla de su finalidad: hacer cesar la amenaza o restituir el derecho colectivo o difuso, mediante la imposición de obligaciones de hacer o no hacer. Por su parte, en el artículo 278 se establece quiénes son los legitimados para ejercer dicha acción: el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, los consejos de derechos de niños, niñas y adolescentes y las organizaciones legalmente constituidas, con por lo menos dos años de funcionamiento, relacionadas con el asunto objeto de la acción judicial de protección. La acción de protección se tramita por el procedimiento ordinario previsto en la Lopna, aplicando, sin embargo, las disposiciones preferentes prescritas en los artículos 318 al 330 de dicha ley. Antes de la entrada en vigencia de la Lopna, la acción de protección se tramitaba por un procedimiento especial, previsto en la Lopna, denominado “procedimiento judicial de protección”. El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es el órgano jurisdiccional competente para conocer y juzgar las pretensiones deducidas a través del ejercicio de la acción de protección.

derecho constitucional a una vivienda adecuada, consagrado en el artículo 82 constitucional, de deudores hipotecarios de viviendas, amenazado por el sistema de capitalización de los intereses no pagados, característico del crédito indexado o mexicano, como también se le denomina.³⁹

El caso es que bajo el contexto de una economía inflacionaria, sumado a una política de liberación y alza de las tasas de interés, la aplicación de un sistema que contemplaba la capitalización de los intereses liquidados y no pagados (o, lo que es lo mismo, el cobro de intereses sobre intereses vencidos y no pagados), ocasionó un aumento alarmante de la tasa de morosidad entre los beneficiarios de los créditos indexados para adquisición de vivienda, para muchos de los cuales tales préstamos se convirtieron en impagables, lo que produjo la pérdida de sus viviendas en procesos de ejecución hipotecaria y posterior remate judicial.

Ante tal situación, grupos de deudores interpusieron una pretensión de amparo judicial ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual, cambiándole la calificación a dicha pretensión, la tramitó como una demanda por intereses difusos y colectivos. La misma fue resuelta por medio de la decisión que se comenta, en cuyo dispositivo se declaró la inaplicabilidad de las normas que establecían expresamente la validez de los créditos indexados y se ordenó con efectos *erga omnes*: (i) la reestructuración de todos los créditos otorgados bajo la modalidad de créditos indexados; (ii) el recálculo con efecto retroactivo y con base en las tasas que fijase el Banco Central de Venezuela y no las del mercado, como venía ocurriendo, de los intereses cobrados de manera desproporcionada o en exceso desde el año 1996; y (iii) que las cantidades pagadas en exceso de la que resultara de aplicar las nuevas tasas, fuesen consideradas como abono a capital.

Aun cuando esta sentencia ha sido objeto de comentarios críticos muy serios, pero serios y fundados, por parte de sectores calificados de la doctrina nacional,⁴⁰ existe sin embargo un dato objetivo, el cual es que el fallo brindó

³⁹ En el fallo también se aborda el tema de los préstamos para la adquisición de vehículos otorgados bajo la fórmula crédito balón. No obstante, por razones de espacio, limitamos el análisis a lo resuelto sobre los créditos indexados para la adquisición de viviendas.

⁴⁰ Para ahondar en tales críticas, puede consultarse a Oswaldo Páez Pumar, quien en un interesante artículo califica al fallo como un atropello al Estado de derecho y a la razón. En tal artículo, en defensa de los créditos indexados o mexicanos, este doctrinario venezolano señala lo siguiente: “La gran mayoría de los deudores que formaron la Asociación de Deudores de Vivienda Principal del Estado Lara (Asodevipirlara), que intentaron el recurso de amparo, recibieron los créditos en el año 1997. Si hubiesen recibido créditos lineales en lugar de créditos indexados con toda seguridad durante el año 1998, por la subida abrupta de las tasas de interés no hubieran podido cancelar sus obligaciones y habrían sufrido el proceso de ejecución y remate de la hipoteca. Si hasta el año 2001 no fueron ejecutados, fue precisamente porque el sistema de capitalización de la parte no pagada de los intereses y la limitación de la obligación

protección judicial a una categoría, grupo o clase de personas para ese entonces muy amplia: los deudores de préstamos para la adquisición de viviendas, otorgados por instituciones bancarias y financieras, bajo la modalidad de créditos indexados o mexicanos.

- ii) El otro fallo que se debe mencionar, por ser ilustrativo, es el 790 de 06 de junio de 2012, dictado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sede cautelar, recaído en el caso de las prótesis mamarias PIP.

Este fallo de naturaleza cautelar fue dictado por la Sala Constitucional, con ocasión de la demanda interpuesta por la Defensoría del Pueblo, en protección de derechos e intereses colectivos y difusos de las personas naturales habitantes en Venezuela que tuviesen implantadas en sus cuerpos prótesis mamarias fabricadas y distribuidas por la sociedad mercantil francesa Poly Implant Prothèse, marca PIP.

La Sala, por medio del fallo *in comento*, considerando que tales prótesis mamarias afectaban la salud y amenazaban la vida de todas las personas que las tuviera implantadas en sus cuerpos, decretó, entre otras medidas cautelares, la prohibición de colocar implantes mamarios marca PIP, así como cualquier otro implante no autorizado por el Ministerio del Poder Popular para la Salud. Asimismo, la Sala ordenó el retiro y reemplazo de las referidas prótesis, de forma programada, a costa del grupo económico importador y comercializador de las mismas, así como de las clínicas y los médicos cirujanos que intervinieron en las mamoplastias.

Además, la Sala ordenó a los médicos de libre ejercicio, a través de la Sociedad Venezolana de Cirugía Plástica, Reconstructiva y Maxilofacial (SVCPRM), que suministraran a los pacientes sometidos a mamoplastia, información sobre la marca de implantes mamarios colocados; así como que conservaran las historias médicas de los pacientes a los que se hubiera practicado mamoplastia.

Finalmente, les ordenó a tales médicos, así como a las clínicas privadas, que gratuitamente realizaran los chequeos y exámenes necesarios a los pacientes que operaron y a quienes se colocaron implantes marcarios marca PIP.

Salvo excepciones como las acabadas de mencionar, lamentablemente hay que decir, y con eso se concluye, que en no pocas ocasiones, sobre todo durante los últimos años,⁴¹ el deber de amparar los derechos difusos y colectivos ha sido ejercido

a la cancelación del treinta por ciento (30 %) del ingreso, les permitió que su obligación no se considerara demorada y de plazo vencido” (Oswaldo Páez Pumar, “Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002 en relación con los créditos indexados”, 2002).

⁴¹ Especialmente a partir de la designación, el 23 de diciembre de 2015, de magistrados al Tribunal Supremo de Justicia que, como apunta José Rafael Bermúdez, fueron designados violando las reglas de selección establecidas por la Asamblea Nacional (“La tragedia de

por los agentes de la jurisdicción venezolanos –sobre todo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia– con un propósito distinto al específicamente perseguido por el Constituyente: la defensa, protección y salvaguarda de esos derechos de incidencia colectiva. Para llamar las cosas por su nombre, el alto Tribunal se ha venido valiendo del ejercicio ciudadano de este tipo de acciones de rango constitucional, de tutela de derechos de incidencia colectiva, para dictar sentencias con fines meramente políticos, que favorecen intereses particulares del Gobierno nacional o que perjudican los de los sectores que a este se oponen.

Así, por ejemplo, con ocasión de procesos de tutela de derechos colectivos o difusos, iniciados a instancia de particulares de alguna manera identificados con el partido de gobierno, la Sala Constitucional ha dictado decisiones con las que ha pretendido obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho a la protesta pacífica consagrado por la Constitución; o por medio de las cuales ha suspendido y hasta removido autoridades legítimas de gobierno, locales y regionales, pertenecientes a partidos de la oposición, que habían resultado electas por el voto popular y que se encontraban en pleno ejercicio de sus cargos. Algunas de esas autoridades, gobernadores y alcaldes, fueron incluso privadas de su libertad o tuvieron que pasar al exilio.

Para comprobar los asertos del párrafo anterior basta con revisar, entre otras, las sentencias 135 y 136, ambas del 12 de marzo de 2014, así como la Sentencia 401 de 01 de junio de 2017, todas dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Con suspicacia se observa que la narrativa, los fundamentos de hecho y de derecho, así como el dispositivo de todas y cada una de estas sentencias, al igual que los de las pronunciadas en casos similares seguidos contra otros ocho alcaldes de cinco estados del país, son casi idénticos entre sí; solamente varía el nombre de los demandantes y el de los alcaldes demandados.

De uno de esos fallos, el 401 de 01 de junio de 2017, dictado dentro de un proceso para la tutela de derechos difusos y colectivos, iniciado por demanda de un grupo de ciudadanos residentes en el estado Lara, con motivo del movimiento de protestas pacíficas ocurrido en todo el territorio nacional durante el año 2017, se citan a continuación algunos de sus dispositivos, por resultar ilustrativos de cuanto decimos:

... se *ordena* al ciudadano José Antonio Barreras Blanco, alcalde del municipio Palavecino del estado Lara, que dentro del municipio en el cual ejerce su competencia:

1. Realice todas las acciones y utilice los recursos materiales y humanos necesarios, en el marco de la Constitución y la Ley, a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan el libre tránsito de las personas y vehículos.

Venezuela y la Constituyente de Nicolás Maduro”, en Allan Brewer y Carlos García (comps.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas, Temis, 2017, pp. 211-218).

4. Ejercer la protección de los vecinos y habitantes de su municipio, impidiendo reuniones en las vías públicas que coarten el libre tránsito y en las que se consuman bebidas alcohólicas y sustancias estupefacientes y psicotrópicas. [...] De conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el presente mandamiento de amparo constitucional cautelar debe ser acatado por el Alcalde del Municipio Palavecino del Estado Lara, so pena de incurrir en desobediencia a la autoridad y exponerse a la sanción prevista en el artículo 31 *eiusdem*.

Como se observa, con lo decidido por la Sala Constitucional en un proceso de tutela de derechos de incidencia colectiva, se pretendió coaccionar a un alcalde para que tomase medidas tendientes a sofocar el movimiento de protestas pacíficas dentro de su municipio, so pena de sanción de suspensión de cargo y hasta prisión por desacato judicial.

Por otra parte, corresponde decir ahora que para no perjudicar intereses del Gobierno nacional, la Sala Constitucional ha cerrado en no pocos casos las compuertas de acceso a la justicia a pretensiones de tutela de derechos difusos y colectivos que, por el contrario, ha debido declarar procedentes para conjurar de manera oportuna hechos u omisiones que estaban generando daños colectivos o que eran capaces de generarlos.

A efectos de cerrar el paso a dichas pretensiones, la Sala ha acudido en no contadas ocasiones a expedientes como el de la declaratoria de falta de cualidad activa o de *legitimatío ad causan*. Para ello ha restringido la legitimación a la causa, con argumentos francamente contradictorios con los criterios de amplitud y apertura que, para accionar en materia de derechos difusos y colectivos, postula el artículo 26 de la Constitución.

Un ejemplo de ello lo constituye la Sentencia 153 de 24 de marzo de 2017, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Dicho fallo recayó en el caso conocido como “Braulio Jatar Alonso”; en los hechos, el referido ciudadano, en compañía de otros tres, interpuso una demanda de protección de derechos e intereses colectivos y difusos contra el gobernador del estado Nueva Esparta, por la presunta violación de los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de expresión y a la participación popular en referendos revocatorios, previstos en los artículos 21, 52 y 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Los accionantes alegaban lo que resultaba un hecho notorio y comunicacional, cual fue que el gobernador del estado Nueva Esparta había intimidado públicamente, en su programa semanal de radio y televisión, a los habitantes de ese municipio que solicitaren la activación de un referendo revocatorio del mandato del presidente de la República, amenazándolos con “limitarles el acceso a la Misión Vivienda o la Misión Transporte, así como despedir de sus trabajos a los funcionarios públicos a través de una lista que tendría a su disposición para ejecutar actos que a criterio

de los accionantes tienen carácter de *apartheid* político, por el solo hecho de haber firmado la activación del referido proceso constitucional”. En consecuencia, demandaron la violación de los derechos a la igualdad, a la libertad de expresión y a la participación popular en referendos revocatorios.

Empero, la Sala Constitucional declaró inadmisibles las demandas por falta de legitimación activa de los accionantes, al considerar que los mismos no demostraron en qué les afectaban

... las supuestas limitaciones al acceso a las misiones o de las presuntas situaciones de discriminación desplegadas en el Estado Nueva Esparta a las personas que participaron en el proceso revocatorio [lo que a decir de la Sala] denota falta de representación y legitimación para actuar en nombre de unos intereses colectivos, difusos o suprapersonales del colectivo.

Como se observa, en este caso la Sala Constitucional colocó un supuesto defecto de legitimación como “alcabala” infranqueable al juzgamiento de la pretensión de derechos colectivos y difusos deducida.

Dicho lo anterior, corresponde señalar ahora que otras veces la Sala Constitucional ha declarado inadmisibles *in limine litis* verdaderas demandas de defensa de derechos de incidencia colectiva, afirmando que no se trataba de tales, sino de acciones de prestación de servicios públicos, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A modo de ilustración, se pone por caso la Sentencia 390 de la Sala Constitucional, de 01 de junio de 2017. Por medio de la misma se declaró inadmisibles una demanda intentada por las organizaciones no gubernamentales Espacio Público, Provea y Acceso a la Justicia, que invocaban la protección de intereses colectivos y difusos “por el cierre arbitrario (y en forma sistemática agregamos nosotros), del servicio del metro de Caracas en perjuicio de todos los usuarios potenciales y regulares”, que sobrepasaban los tres millones, los días en que se convocaban marchas y concentraciones opositoras.

La Sala Constitucional declaró inadmisibles las demandas so pretexto de que “versa sobre un reclamo sobre un servicio público, cuya pretensión solo puede ser satisfecha ante la jurisdicción contencioso administrativa mediante una acción de prestación de servicios públicos y no a través de una demanda por intereses colectivos y difusos”.

Al respecto cabe observar que, ciertamente, el artículo 150.4 de la LOTSJ establece como causal de inadmisibilidad de demandas de protección de derechos difusos y colectivos el hecho de que, por su naturaleza, la pretensión que constituya su objeto corresponda al contencioso de los servicios públicos. Sin embargo, en el caso *in comento* no se estaba denunciando una falla específica de funcionamiento de un servicio público, sino que el Gobierno sistemáticamente ordenaba suspender el servicio del sistema metro de Caracas, cada vez que se convocaba una actividad de calle por la oposición, lo que afectaba la calidad de vida de los usuarios de este medio de transporte.

Con todo, en el supuesto negado de que se diera por válido el criterio de que la competencia correspondía a la jurisdicción contenciosa administrativa por tratarse de una falla en la prestación de un servicio público, entonces lo que en todo caso hubiera procedido, como la propia Sala lo había advertido en otros fallos, no era declarar inadmisibles las demandas, sino reconducir la calificación jurídica de la pretensión y, en función de ello, remitir los autos al tribunal supuestamente competente para su tramitación y ulterior decisión. Esto en virtud del principio *pro actione*, según el cual, tal como lo ha asentado la propia Sala Constitucional, “las normas reguladoras de los requisitos procesales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la admisión de las pretensiones procesales”.⁴²

Así las cosas, con pesar, es fuerza concluir con un saldo o balance negativo en el juzgamiento de los resultados de la aplicación por parte de los organismos de justicia venezolanos, sobre todo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del marco normativo garantista de los derechos difusos y colectivos implantado por el constituyente y desarrollado formalmente por el legislador.

Conclusiones

Definitivamente, como se evidenció, Venezuela cuenta con un marco normativo garantista de los derechos colectivos y difusos. Esto incluye una norma constitucional como la contenida en el artículo 26, que expresamente da prevalencia a los derechos difusos y colectivos y ordena su tutela judicial efectiva, así como un procedimiento legalmente establecido para la defensa, protección y salvaguarda de dichos derechos suprapersonales frente a amenazas o violaciones de las cuales pudieran ser objeto. Además, el ordenamiento jurídico venezolano cuenta con algunos precedentes jurisprudenciales valiosos, alineados con tendencias modernas en la materia.

Sin embargo, por razones políticas, específicamente por la falta de autonomía, independencia e imparcialidad de la judicatura en todos sus niveles frente al Ejecutivo nacional,⁴³ el Estado venezolano no brinda actualmente la protección debida a los derechos de incidencia colectiva.

⁴² Véanse las sentencias de la propia Sala Constitucional 759 de 20 de julio de 2000 y 1764 de 25 de septiembre de 2001, entre otras.

⁴³ Para graficar esa falta de autonomía, independencia e imparcialidad judiciales, basta recordar, con José Rafael Bermúdez (*op. cit.*), que el Tribunal Supremo de Justicia ha dictado más de 50 decisiones anulando leyes y otras decisiones de la Asamblea Nacional, elegida en diciembre de 2015 con el voto de catorce millones de venezolanos. A mayor abundamiento, valga citar a Carlos Ayala Carao cuando afirma, refiriéndose al Tribunal Supremo de Justicia, que “se trata del mismo Tribunal groseramente sumiso al Poder Ejecutivo que, entre muchas otras barbaridades, desmanteló las competencias constitucionales de la Asamblea Nacional una vez que la oposición ganó la mayoría y se instaló en enero del año 2016. A partir de esa fecha, la Sala Constitucional del TSJ, luego de más de 50 fallos, llegó a vaciar por completo a la Asamblea Nacional de todas sus competencias hasta el zarpazo de sus fallos nos. 155 y 156

Con todo, siendo como somos militantes de la esperanza, guardamos el anhelo de que más temprano que tarde Venezuela retomará el sendero de la democracia, con instituciones competentes y división de poderes, condiciones esenciales para la existencia de una administración de justicia que garantice y defienda los derechos de sus ciudadanos. Solo así se podrá avanzar hacia la concreción de ese Estado democrático y social, de derecho y de justicia, que prescribe la carta magna, a lo que en buena medida podrá contribuir la efectiva operatividad de los derechos difusos y colectivos, mediante su debida “justiciabilidad” por parte de jueces garantistas.

Bibliografía

- AYALA, Carlos, “La Asamblea Nacional Constituyente de Maduro, 2017: fraude constitucional y usurpación de la soberanía popular (inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la Convocatoria y las Bases Comiciales)”, en Allan BREWER y Carlos GARCÍA (comps.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas, Temis, 2017.
- BADELL, Álvaro, “La tutela judicial de los intereses colectivos y difusos”, *Revista de Derecho del TSJ*, núm. 14, 2004.
- BERMÚDEZ, José Rafael, “La tragedia de Venezuela y la Constituyente de Nicolás Maduro”, en Allan BREWER y Carlos GARCÍA (comps.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas, Temis, 2017.
- BUJOSA, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995.
- CABRERA, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos y difusos”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 12, núms. 12-13, 1992.
- FERRER, Eduardo, “Juicio de amparo mexicano”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2004.
- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en Brasil. Un modelo para países de derechos civil*, México, UNAM, 2004.
- GOZAÍNI, OSWALDO, “La legitimación para obrar y los intereses difusos”, en Rolando Arazi (coord.), *Derecho procesal en víspera del siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 1997.
- GUTIÉRREZ, Pablo e Hidalgo DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Madrid, Aranzadi, 1999.

de marzo de 2017, los cuales fueron denunciados como una ruptura del orden constitucional” (Ayala, en Brewer y García, *op. cit.*, p. 236). Esta situación de falta de independencia y autonomía del poder judicial venezolano también ha sido denunciada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, Luis Almagro, en presentación realizada ante el Consejo Permanente de esa organización.

- JIMÉNEZ, Katia, “Los derechos e intereses colectivos y difusos en la Constitución de 2010. Doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre los derechos e intereses colectivos y difusos. Sus garantías y desafíos”, II Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, Santo Domingo, 2014. Disponible en: <http://www.tribunalsitestorage.blob.core.windows>
- LANDONI, Ángel, “Análisis del anteproyecto de Código Modelo para los Procesos Colectivos en Iberoamérica”, en E. FERRER, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2004.
- LONDOÑO, Beatriz, “Acciones populares ambientales en Colombia: logros y desafíos 1998-2018”, en Ana GIACOMETTE (coord.), *Nuevos escenarios de litigio constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018.
- LONGO, Paolo, “La acción de protección, principios y procedimientos”, en *Segundo año de vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Caracas, UCAB, 2002.
- MORELLO, Augusto, *La tutela de los derechos difusos en el derecho argentino*, Buenos Aires, Platense, 1999.
- PÁEZ, Oswaldo, “Comentarios críticos al fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24 de enero de 2002 en relación con los créditos indexados”, 2002. Disponible en: <http://www.menpa.com/serve/file/assets%2Fuploads%2FD6CA5A2E9FB8AEA42.pdf>
- SAGÜÉS, Pedro Néstor, “Las acciones populares en el derecho nacional argentino. De la renuencia a una incipiente permisividad”, en Ana GIACOMETTE (coord.), *Nuevos escenarios de litigio constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018.
- SANTOFIMIO, Jaime Orlando, “Las acciones constitucionales populares y sus vicisitudes a la luz de la jurisprudencia convencional y constitucional: cuatro variaciones en torno a su aplicación judicial”, en Ana GIACOMETTE (coord.), *Nuevos escenarios de litigio constitucional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2018.
- VASAK, Karel, “La larga lucha por los derechos humanos”, *El correo de la Unesco*, 1977, pp. 29-32.
- VENINI, Juan Carlos, “El daño y los intereses difusos”, en Aída KEMELMAJER (dir.), C. A. PARELLADA (coord.), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1996.
- VILLEGAS, José Luis, *La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999.
- WATANABE, Kazuo, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso en el proceso”, en Antonio GIDI y Eduardo FERRER, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2004.

André Luiz Pereira Spinieli (Brasil)*
Letícia de Paula Souza (Brasil)**

Pessoas com deficiência e o direito à cidade: pensando a acessibilidade urbana

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar a relevância do direito à acessibilidade urbana aplicada às pessoas com deficiência em geral, enquanto instrumento para o alcance de outros direitos fundamentais, dentre eles o direito à cidade, e como medida necessária à promoção da inclusão social desse grupo, cumprindo-se, assim, a efetivação dos preceitos reclamados pela dimensão cidadã inaugurada a partir da nova ordem constitucional. Adota-se o método bibliográfico, mediante revisão da literatura especializada nos temas trabalhados no texto, valendo-se de uma integração teórica entre direito e urbanismo. Dentre os resultados e conclusões atingidos, é possível afirmar que a acessibilidade na esfera urbanística é instrumento apto à promoção da inclusão social desse grupo, além de servir como fundamento constitucional para alcançar o ideal de cidadania brasileira.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Acessibilidade urbana. Direito à cidade. Inclusão social.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit der vorliegenden Arbeit soll die Relevanz des Rechts behinderter Menschen im Allgemeinen auf Barrierefreiheit im städtischen Raum dargelegt werden, das zugleich ein Instrument zur Durchsetzung weiterer Grundrechte wie zum Beispiel des Rechts auf die Stadt und ein notwendiges Mittel zur Förderung der Inklusion dieser Perso-

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca/SP, e advogado. spinieliandre@gmail.com

** Graduanda em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Uberlândia e pesquisadora em estudos urbanos e cidades na contemporaneidade, vinculada ao Programa de Iniciação Científica Voluntária (PIVIC). lepaulasouza@gmail.com

nengruppe darstellt, womit die mit der staatsbürgerlichen Dimension der neuen Verfassungsordnung zusammenhängenden Bestimmungen umgesetzt würden. Der Beitrag stützt sich auf die bibliografische Methode, bei der die Fachliteratur zu den im Text behandelten Themen auf der Grundlage der theoretischen Verknüpfung von Recht und Urbanismus erhoben wird. Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Barrierefreiheit im städtischen Raum ein geeignetes Instrument zur Förderung der sozialen Inklusion dieser Personengruppe darstellt und darüber hinaus als verfassungsmäßige Grundlage für die Erlangung des Ideals der brasilianischen Staatsbürgerschaft dient.

Schlagwörter: Personen mit Behinderungen, Barrierefreiheit im städtischen Raum, soziale Inklusion.

ABSTRACT

The objective of this paper is to present the relevance of the right to urban accessibility applied to people with disabilities in general, as an instrument for the achievement of other fundamental rights, including the right to the city, and as a necessary measure to promote the social inclusion of this group, thus enforcing the precepts demanded by the citizen dimension inaugurated with the new constitutional order. The bibliographic method is adopted by reviewing the specialized literature on the themes discussed in the text, using to this end a theoretical integration between law and urbanism. Among the results obtained and the conclusions drawn, it is possible to state that accessibility in the urban sphere is an instrument capable of promoting the social inclusion of this group, in addition to serving as a constitutional foundation to reach the ideal of Brazilian citizenship.

Keywords: People with disabilities, Urban accessibility, Right to the city, Social inclusion.

Introdução

A partir do instante em que o crescimento da população urbana se tornou uma assertiva correta nos últimos tempos, tem-se buscado incessantemente atingir certo grau de desenvolvimento socioeconômico, associado à racionalização da infraestrutura das cidades. Por isso, a construção de um direito à cidade necessariamente perpassa pelos princípios fundamentais da acessibilidade universal, aplicável principalmente às pessoas com deficiência, e da equidade no acesso dos cidadãos aos transportes e espaços públicos de uso coletivo.

Em grande parte, a reforma do pensamento jurídico-social encontra seu marco na entrada em vigor do último texto constitucional – datado do final da década de oitenta, ainda em utilização –, responsável por introduzir no direito brasileiro uma ampliação no rol de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, e na previsão da tutela judicial e extrajudicial aos novos direitos, consubstanciados principalmente por aqueles de caráter difuso ou coletivo.

Embora seja esse o modelo prestigiado e requerido pelo legislador constitucional brasileiro, fato é que a negligência da administração pública pátria, no que tange à organização do território urbano, deixa de levar em consideração a importante participação popular no processo de construção das cidades, o que impossibilita sobremaneira a atuação cidadã de grupos considerados vulneráveis, incluindo-se aqui as pessoas com deficiência, cujas necessidades de acesso a direitos fundamentais estão diretamente relacionadas à constituição de uma cidade acessível, ou seja: de uma mobilidade urbana que observe os princípios da função social da cidade.

Significa dizer que os procedimentos de implementação de uma política de mobilidade urbana sustentável, que tenham por condão proporcionar um acesso ao direito à cidade por parte de todas as pessoas de forma indiscriminada, não podem deixar de lado as vozes das pessoas com deficiência. Em realidade, a mobilidade urbana está inteiramente relacionada à liberdade de locomoção, funcionando como verdadeiro fator para a formação da identidade dos indivíduos que compõem o tecido urbano, que, no caso das pessoas com deficiência, são cerceadas dessa composição de sua personalidade diante da existência de circunstâncias concretas ou sociais que fogem ao controle dos integrantes do grupo em questão.

Dessa forma, adotando-se o método bibliográfico de investigação, consubstanciado por um diálogo interdisciplinar que abarca as visões jurídicas e urbanísticas da proteção urbana da pessoa com deficiência, o objetivo deste trabalho é exatamente tecer comentários acerca da relevância do direito à acessibilidade urbana, que funciona como expediente para que outros direitos fundamentais de primeira e segunda geração possam ser desempenhados em condições de igualdade para com outras pessoas, não deficientes.

1. Acessibilidade na cidade: fundamento de cidadania para a pessoa com deficiência

O direito às várias acessibilidades no campo das construções urbanas não representa nada mais que uma forma de se garantir que as pessoas com deficiência, ou aquelas que possuem mobilidade reduzida, possam desfrutar, numa perspectiva de igualdade material reforçada em diversos pontos pela ordem constitucional brasileira, do direito de locomoção nos espaços da cidade, sem qualquer preocupação com eventuais restrições à sua liberdade ou acesso a bens e serviços contidos no campo urbanístico.

Embora seja um direito amplamente identificado na sistemática jurídica nacional, seja de caráter constitucional ou infraconstitucional, percebe-se que não raras vezes se verifica a presença de barreiras que impedem o pleno acesso dessas pessoas, aqui compreendido como o próprio direito fundamental direcionado à liberdade ambulatoria (*ius ambulandi*), a logradouros públicos, como praças e passeios, bem como a transportes e prédios públicos.

Antes de qualquer passo que se dê no estudo dos direitos das pessoas com deficiência, nunca é demais verificar com clareza os conceitos abarcados pelas normas jurídicas nacionais e, com base nos últimos anos, também internacionais. Despontam-se importantes dois conceitos centrais dessa temática: o de pessoa com deficiência e o de acessibilidade, essenciais para conduzir a uma compreensão exata da problemática enfrentada pelo grupo no campo do acesso ao que as cidades oferecem, não obstante os significantes avanços promovidos pela alteração da consciência social e da legislação aplicável a casos dessa monta.

A definição de pessoa com deficiência foi fortemente reformulada quando das discussões e da consequente entrada em vigor da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, firmada entre os países-signatários na cidade de Nova Iorque, em 2008. No Brasil, esse documento internacional entrou no ordenamento jurídico como parte componente do chamado bloco de constitucionalidade, visto que foi aprovado no rito especial que fornece a tratados internacionais que versem sobre direitos humanos a possibilidade de serem considerados, no campo da análise hierárquica das normas jurídicas, emendas constitucionais e, assim, terem força normativa para alterar normas que seguem abaixo do texto constitucional.

Dessa forma, nota-se que o direito convencional não titubeou em construir o conceito de pessoa com deficiência com base nos termos que eram referências na matéria desde a década de setenta no direito internacional, cujo desenvolvimento se deu basicamente por força da atuação concentrada das Nações Unidas após os massacres e verificação de inúmeros casos, um verdadeiro *boom*, envolvendo combatentes dos conflitos armados mundiais que se tornaram deficientes após as guerras.

Objetivava-se rechaçar do pensamento humano o denominado modelo médico de tratamento dos direitos e do reconhecimento social das pessoas com deficiência, para o qual a deficiência não passava de uma disfunção biológica, ao que a medicina afirmava indubitavelmente que as limitações apresentadas pelos deficientes são frutos da má-formação de sua saúde físico-mental. Assim, esse giro sociojurídico das últimas décadas trouxe à tona o modelo social integracionista e, mais tarde, o modelo misto inclusivo, entrando ambos nas normativas internacionais de proteção ao grupo em questão.

Conforme afirma Letícia Martel,¹ com o aparecimento do direito convencional da pessoa com deficiência essas limitações assumem características de “experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos”. A alteração provocada na filosofia social foi radical, ao ponto de se buscar as causas da deficiência não mais no indivíduo, como sempre se adotou como regra, mas na moral e na cultura social, que seguem marcadas por discriminações negativas, fruto de um racionalismo negativista de direitos fundamentais, reforçando as instâncias de opressão exercida contra grupos vulneráveis.

¹ Letícia de Campos Velho Martel, “Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva”, *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, núm. 34, 2011, p. 91.

Deve-se ter de maneira límpida que a conceituação apresentada pela Convenção não exclui, de maneira alguma, os traços benéficos previstos nas concepções dos outros modelos de enfrentamento aos problemas das pessoas com deficiência. Na verdade, essa nova perspectiva adota os pontos mais benéficos e bem aceitos, quando postos defronte às características das sociedades contemporâneas – plurais e inclusivas –, dos outros conceitos, para assim formar um que contemplasse as muitas facetas limitativas dos direitos da pessoa com deficiência.

Hoje, o conceito de pessoa com deficiência deve ser compreendido como todo indivíduo que possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, sendo que, ao ser posto em interações com uma ou mais barreiras, esse fator impeditivo claramente poderá obstruir sua participação plena e efetiva nos projetos sociais em igualdade de condições com as outras pessoas não deficientes.²

Por outro lado, com importante atuação da Convenção nesse sentido, a definição de acessibilidade se encontra historicamente afeta às compreensões sociais de cada tempo em relação às pessoas com deficiência. Sendo assim, verifica-se certa evolução no conceito de acordo com a maturação das reivindicações apresentadas pelo grupo vulnerável em comento, cuja utilização pioneira se dá no contexto da reabilitação física e profissional do deficiente, método apresentado pela sociedade como resposta às limitações do indivíduo.

Na realidade do regime internacional dos direitos humanos, embora a Convenção não utilize propriamente o termo acessibilidade, tem-se que o contempla na medida em que prevê o direito à adaptação razoável, demonstrando que seus trabalhos preparatórios foram guiados no sentido de tentar adequar os interesses das pessoas com deficiência aos daqueles responsáveis por garantir as formas de acessibilidade. Tanto é verdade que o texto convencional especificou que adaptação razoável corresponde às modificações e ajustes necessários aos integrantes do grupo em questão, sem que isso acarrete ônus desproporcional ou indevido ao ente ou indivíduo responsável pela adaptação.

Portanto, verifica-se que o entendimento sobre a adaptação razoável deve ser observado sob um prisma duplo, pois, se de um lado se busca assegurar a adoção de medidas que tenham por finalidade oportunizar a inclusão social dos deficientes, por outro se procura evitar que a implementação dos instrumentos de adaptação seja realizada de maneira desarrazoada e de modo que despreste os limites econômicos e jurídicos plausíveis para serem exigidos dos responsáveis.

A confluência dessas duas compreensões jurídicas e sociais plenamente aplicáveis aos direitos das pessoas com deficiência é substancial para se estudar o direito à cidade e o seu exercício por essas pessoas, a partir de uma realidade urbana devidamente acessível. Sob um aspecto prioritariamente baseado no senso comum,

² Brasil, Lei nº. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, 6 jul. 2015, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.

poder-se-ia dizer que a garantia do direito fundamental à acessibilidade para a pessoa com deficiência estaria perfeita ao passo em que se promovesse tanto a eliminação de calçadas irregulares quanto a introdução de rampas. Em realidade, essa tese não leva em consideração as peculiaridades que cada tipo de deficiência pode apresentar frente às barreiras urbanas, uma vez que diversos são os graus pelos quais a deficiência pode se manifestar.

Nesse sentido, ressalta-se a lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior, para quem

... outra proteção de grande importância foi a eliminação das barreiras arquitetônicas; as pessoas com deficiência de locomoção encontram impedimentos dos mais variados: calçadas sem rebaixamento, ônibus sem rampa de acesso de cadeiras de rodas, escadas sem rampa ao lado, banheiros sem largura suficiente para a cadeira de rodas, etc.³

Não se trata unicamente de alterar apenas um aspecto da vida urbana enfrentada dia após dia pela pessoa com deficiência, pois é necessário que se provoque a feitura de um projeto de acessibilidade amplo, que contemple todo o percurso que o indivíduo certamente poderá utilizar para chegar aos seus destinos ou realizar os seus desejos mais simples, como se locomover de maneira não dificultosa, na cidade. Essa falsa acessibilidade fica mais evidente ao se pensar que de nada adianta realizar um vasto projeto de acessibilidade em uma estação rodoviária de transporte urbano comum, se o ônibus que o indivíduo com deficiência deseja tomar não possui qualquer plano para embarcá-lo e conduzi-lo até seu destino de forma segura e responsável.

Nas palavras da professora Flávia Almeida Piva Leite, “sem os espaços adaptados, não se tem acessibilidade e, sem esta, não há direitos iguais, não há inclusão social”.⁴ Nessa sequência, a realidade desses fatos se amolda de forma distinta para pessoas que não possuem deficiência ou para aquelas que não lidam diretamente com a questão, já que dificilmente estarão aptos a perceber as situações de discriminação negativa a que os deficientes são submetidos na vida urbana diante da existência de um projeto urbanístico que não contemple as muitas formas de deficiência e não tenha como princípio norteador o da inclusão social dessas pessoas.

Ao se pensar a genealogia do espaço urbano, percebe-se que sua construção sempre tomou como parâmetro os princípios do desenvolvimento econômico, jamais levando em consideração que a sociedade é tão ampla, em termos numerais, quanto é o número de indivíduos que não podem ter acesso pleno a esse direito à cidade por força de limitações permanentes ou transitórias. Esse pensamento voltado ao

³ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009 [13ª. ed.], p. 506.

⁴ Flávia Almeida Piva Leite e Rui Carvalho Piva, “Direito fundamental difuso de acesso das pessoas com deficiência a espaços urbanos e sua tutela jurídica coletiva”, *Revista Jurídica UniCuritiba*, v. 2, n. 55, Curitiba, p. 332.

vil metal teve como consequência a provocação de uma precariedade urbana em termos de acessibilidade, e hoje as barreiras urbanas – arquitetônicas, econômicas, políticas e atitudinais – se fazem presente em quaisquer cidades brasileiras, aparecendo como restrição aos direitos e ao exercício dos preceitos de uma cidadania reorganizada a partir da Constituição Federal de 1988.

A existência latente de uma inacessibilidade urbana ainda nos tempos contemporâneos não significa que não houve, na história das leis brasileiras, um esforço do legislador em fazer valer os direitos das pessoas com deficiência. Nesse tópico, rememora-se o caráter de vanguarda das alterações aplicadas ao texto constitucional militar, postas em vigor durante o ano de 1967, que trazia claramente o direito à acessibilidade para a pessoa com deficiência física. A falta de preparo no trato filosófico, sociológico e de técnica legislativa certamente levou o constituinte a cometer o grande equívoco de fazer um recorte de deficiência completamente imotivada, esquecendo-se das demais deficiências, que perpassavam por problemas de mesma natureza, e das pessoas com mobilidade reduzida, e trazendo os olhares da administração pública e da sociedade apenas para a necessidade de adaptação arquitetônica em prédios públicos para receber os deficientes em cadeiras de rodas.

Não obstante a apresentação de um amadorismo – ou um exclusivismo – legislativo, ainda é possível verificar inegáveis avanços em termos de reconhecimento de direitos e até mesmo no âmbito processual coletivo, de proteção dos direitos aplicáveis a todos os deficientes que se enquadrassem nos termos do texto legal. Conforme afirma Luiz Alberto David Araújo,⁵ a emenda constitucional foi de suma importância para consubstanciar diversas medidas judiciais, como a ação coletiva dos deficientes que requereram acesso às rampas de embarque do metrô de São Paulo.

Pensando a perspectiva da acessibilidade urbana à pessoa com deficiência, a professora Flávia Piva Almeida Leite,⁶ em outro trabalho sobre o tema, coloca em questionamento a efetiva existência e verificação prática dos princípios da liberdade e da igualdade em hipóteses que são facilmente verificáveis na vivência social dos dias de hoje, como no caso em que um deficiente físico usuário de cadeira de rodas não pode adentrar a uma repartição pública pelo fato de que o lugar não possui rampas de acesso, apenas escadas.

Complacente com essa posição, verifica-se a opinião de Marcelo Pinto Guimarães:

Vale ressaltar que pessoas que necessitem do auxílio de outros para alcançarem seus objetivos não podem vivenciar a essência do conceito da acessibilidade universal em nenhum momento. Ao considerarmos os termos

⁵ Luiz Alberto David Araújo, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, Brasília, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 1997 [2ª. ed.], p. 60.

⁶ Flávia Almeida Piva Leite, “Acessibilidade na cidade: um direito fundamental”, *Revista Diritto & Diritti*, 2017, p. 7, disponível em: <https://www.diritto.it/acessibilidade-na-cidade-um-direito-fundamental/>.

“acessibilidade assistida” como relativos aos critérios mínimos de acessibilidade, estaremos forçando as pessoas que têm habilidades para a atividade independente a se sujeitarem ao controle das condições de utilização do meio edificado por outros, perdendo assim sua independência e autonomia.⁷

De fato, apenas é possível se falar em uma inclusão social das pessoas com deficiência no âmbito urbanístico na medida em que houver a previsão de acessibilidade com autonomia e independência. Conforme ressaltado pelo professor na passagem transcrita, verifica-se que toda e qualquer movimentação que seja de desejo da pessoa com deficiência deve ser realizada por ela própria, sem que dependa de qualquer outra pessoa, mesmo que para isso seja obrigada a lançar mão de determinados artifícios facilitadores de sua locomoção, como uma cadeiras de rodas. Não diferente seria o objetivo da acessibilidade: oportunizar a todas as pessoas, em especial às pessoas com deficiência, a vivência pautada nos princípios de autonomia e liberdade, para que possam usufruir dos espaços urbanos com mais segurança e comodidade.

Diante do desenvolvimento desregrado das cidades brasileiras, que cada vez mais parecem crescer sem ainda levar em consideração as necessidades de grupos caracterizados por vulnerabilidades específicas, como as pessoas com deficiência, apenas com instrumentos dessa natureza é que se faz possível pensar as várias formas de acessibilidade na cidade.

2. Acessibilidade urbana como expressão do direito à cidade: uma visão urbanística

A questão da mobilidade urbana é uma preocupação frequente no campo da arquitetura e do urbanismo, especificamente na área de planejamento urbano, e se encontra diretamente relacionada ao problema do acesso de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida – em que se citam como exemplos as gestantes, os idosos e os acidentados – aos serviços públicos básicos, que abrangem a fruição dos direitos fundamentais sociais ao lazer, à educação, à saúde, ao trabalho, ao transporte ou simplesmente à mera locomoção. Isso quer dizer que, para essas pessoas em especial, a falta de espaços urbanos públicos ou privados acessíveis termina por inviabilizar o exercício desses direitos com segurança e independência.

Nesse sentido, a mobilidade pode ser definida como uma condição básica e indispensável ao convívio humano, sendo essencial para o crescimento da cidade enquanto espaço (*locus*) de inclusão social, relacionado aos deslocamentos realizados por indivíduos em suas atividades de estudo, trabalho ou mesmo lazer. Com

⁷ Marcelo Pinto Guimarães, “Desenho universal é design universal: conceito ainda a ser seguido pelas normas técnicas 9050 e pelo Decreto-lei da Acessibilidade”, *Arquitextos*, São Paulo, ano 08, n. 096.03, Vitruvius, 2008. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/08.096/141>.

base nesse contexto, vê-se que as cidades desempenham um papel importante nessas trocas de relações, que apenas são possíveis na hipótese de existirem condições adequadas para a mobilidade de todas as pessoas,⁸ sobretudo daquelas que apenas acessam seus direitos quando a acessibilidade se faz presente.

Diante desse marco teórico, tem-se que a condição de mobilidade no meio urbano se encontra umbilicalmente conectada às características do terreno e do espaço físico das vias e passeios, bem como das redes de transporte público, da qualidade de seus serviços frente aos preços cobrados dos usuários, da sinalização e do controle do uso do sistema viário.⁹ Além disso, outros fatores despontam como importantes na composição dessa equação da cidade acessível, como recortes socioeconômicos, etários, de gênero e das limitações pessoais, visto que a identificação delas como permanentes ou provisórias permite uma tratativa dos problemas do indivíduo de maneira mais aproximada.

As cidades contemporâneas, seguindo na contramão das previsões constitucionais que procuram balizar o bom funcionamento do sistema urbano brasileiro, apresentam inúmeros bloqueios arquitetônicos que impossibilitam o exercício de atividades rotineiras e de simples execução por diversas pessoas. Isso corresponde a dizer que o espaço construído deve propiciar aos cidadãos a livre mobilidade, sem se olvidar da interação desses indivíduos com o próprio meio e com outras pessoas que estão em sua volta,¹⁰ como mecanismo de inclusão social.

Tendo em vista esse quadro de formulação das políticas urbanas brasileiras na contemporaneidade, não obstante a flagrante necessidade da colocação em prática de políticas públicas que visem garantir maior possibilidade de acesso aos direitos fundamentais sociais das pessoas com deficiência, verifica-se que essa problemática se torna ainda mais grave quando analisado o número de indivíduos nessas condições no Brasil.

É que, para além da vulnerabilidade natural ínsita ao grupo e a consequente estigmatização, o último censo demográfico, realizado pelo IBGE durante o ano de 2010, foi responsável por indicar que, levando-se em consideração o número total de habitantes em solo brasileiro, que hoje alcança a marca média de 196 milhões de pessoas, mais de 45 milhões desses agentes possuem algum tipo de deficiência dentre as pesquisadas, que incluem a motora, a visual e a auditiva.¹¹

⁸ Brasil, Ministério das Cidades, “Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável”, *Cadernos M Cidades* n.º. 6, Brasília, 2004.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Renata Cardoso Magagnin, “Cidades acessíveis: o planejamento da infraestrutura para a circulação de pedestres”, em: Maria Solange Fontes, Norma Regina Constantino e Luis Cláudio Bittencourt (org.), *Arquitetura e urbanismo: novos desafios para o século XXI*, Canal 6, Bauru, 2009, p. 4.

¹¹ IBGE, *Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*, 2010, disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf, p. 72.

Evidentemente, por questões que pairam sobre a construção jurídico-social do conceito de pessoa com deficiência, tanto no campo interno quanto no do direito internacional dos direitos humanos, outros indivíduos que compõem outras minorias e grupos vulneráveis não adentraram a essa soma. Mas, se incorporarmos a esse número o contingente de idosos, crianças, gestantes e pessoas que passaram por operações provisoriamente paralisantes, há um aumento significativo na quantidade de pessoas que possuem certa modalidade de restrição de mobilidade.

Portanto, diante dos dados apresentados acima, torna-se notório que uma grande quantidade de pessoas passa por dificuldades quanto à locomoção e movimentação pelas cidades com mau planejamento urbano, tal como nos demais ambientes de uso comum nelas inseridos. Nesse sentido, busca-se, no meio da disputa pelo espaço urbano, um cenário em que o conceito de acessibilidade desempenhe um papel de fundamental importância para a promoção dos princípios basilares da igualdade social, para que todos tenham o direito à cidade, ou seja: utilizar os espaços públicos de maneira aproximada, senão idêntica.

Segundo consta do corpo da Norma Técnica 9050,¹² com as reformas textuais operadas no ano de 2015, formulada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a acessibilidade pode ser compreendida como a garantia e a possibilidade de acesso, de aproximação, de utilização e de manuseio de ambientes ou objetos.¹³ Dessa forma, no caso das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, que não ficam de fora desse cômputo, faz-se necessário que se proporcione a elas uma condição que zele pela segurança e pela autonomia no campo citadino, até mesmo como forma de evitar acidentes e demais problemas advindos diretamente da falha na acessibilidade urbana em relação a diferentes espaços, objetos e elementos, a fim de possibilitar o uso de todas as atividades inerentes e usos específicos que possam ofertar.

Nesse sentido, conforme pondera Fabíola de Oliveira Aguiar:

A acessibilidade é também uma questão referente à qualidade e está intimamente relacionada a fatores como conforto e segurança. A mobilidade é um direito humano, e os espaços públicos têm que cumprir requisitos que

¹² Hoje, em se tratando de normas de medição e adequação arquitetônica dos espaços públicos e privados para as pessoas com deficiência, encontra-se em vigor a Norma Técnica NBR 9050 – 2015, que substituiu as antigas Normas Técnicas 9050/1985 e 9050/2004, ambas pertencentes à Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) –, a qual ampliou o alcance do conceito de acessibilidade e de algo acessível, ditando-o como o “espaço, edificação, mobiliário, equipamento urbano ou elemento que possa ser alcançado, acionado, utilizado e vivenciado por qualquer pessoa, inclusive aquelas com mobilidade reduzida”. As normas técnicas não possuem obrigatoriedade legal, tratando-se de meros instrumentos de voluntariedade, que ficam ao alvedrio do construtor, mas passam a ser de observância impositiva a partir do instante em que passam a integrar a legislação em vigor, como ocorreu com a Lei nº 10.098/00 e o Decreto nº 5.296/04.

¹³ Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), *NBR 9050: acessibilidade e edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos*, Rio de Janeiro, 2015, p. 2.

forneçam acessibilidade a todos os usuários potenciais, sem excluir os de comunicação ou locomoção reduzida.¹⁴

O exercício de análise sobre o espaço urbano permite que o investigador compreenda brevemente que nesse âmbito se fazem presentes trocas e relações entre as pessoas e entre pessoas e objetos, e que a mobilidade representa condição indispensável para que o crescimento, o convívio e a boa qualidade de vida urbana seja uma tônica. No entanto, é evidente que, por um motivo ou outro – geralmente relativo à atuação governamental despreocupada e negligente frente às políticas públicas de inclusão social urbana –, as pessoas com deficiência são impedidas ou limitadas de viverem a cidade em virtude da existência de barreiras.

No campo da legislação infraconstitucional brasileira, destaca-se o pioneirismo do Decreto nº. 5.296, que já no ano de 2004 veio a lume a fim de regulamentar a lei brasileira de acessibilidade e fornecer normas gerais e critérios para a promoção desse direito fundamental às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Para se falar de uma conceituação autônoma do legislador, essa normativa compreendeu as barreiras como “qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento, a circulação com segurança e a possibilidade de as pessoas se comunicarem ou terem acesso à informação”.¹⁵

Na situação da malha urbanística, são situações como barreiras físicas contidas no interior de estabelecimentos ou nas vias públicas que impedem o acesso do indivíduo, não se devendo esquecer as muitas outras barreiras existentes, como as técnicas, que limitam o acesso da pessoa com deficiência aos meios tecnológicos, devido à dificuldade e à burocracia do entendimento sobre os usos.

Em consequência, as cidades possuem barreiras que impedem a locomoção de várias pessoas que apresentam necessidades que destoam da maioria,¹⁶ visto que elas se comportam em contrariedade ao que é estabelecido legalmente pelas normas de regência da matéria urbanística brasileira, como é o caso do nomeado Estatuto da Cidade, cuja missão é buscar o direito à cidade a partir de uma ideologia social marcada pela igualdade material. Isso porque a cidade, representando um local de

¹⁴ Fabíola de Oliveira Aguiar, *Acessibilidade relativa dos espaços urbanos para pedestres com restrições de mobilidade*, 2010, 190 f., Tese (Doutorado), Curso de Ciências, Departamento de Engenharia de Transportes, Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, São Carlos, 2010, p. 17.

¹⁵ Brasil, Decreto nº. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2 dez. 2004, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm.

¹⁶ José Antônio Lanchoti, *Construindo a cidade acessível*, Brasília, 2006, disponível em: <https://www.caumg.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/Construindo-a-Cidade-Acessivel.pdf>, p. 43.

trocas e relacionamentos entre todos os indivíduos, é o reflexo de uma sociedade pós-moderna formada por diversas pessoas que apresentam necessidades gerais ou específicas, e que clamam pela inclusão e reconhecimento do valor de suas ações sociais.

Na percepção de Milton Santos,¹⁷ a cidade nada mais é senão uma construção baseada em diversas visões, concepções e olhares diferentes entre si, cujo resultado é a formação de um espaço pensado a partir das representações sociais individuais ou dos grupos. Nada nas cidades se afigura de maneira idêntica, já que, quanto maior a cidade, maior o número de formas, estruturas e também a diversidade de pessoas.

A propósito, diz o autor:

A apreensão total da cidade não é possível, muito embora essa impossibilidade não nos impeça de formular uma imagem que nos remeta pensar nessa totalidade que chamamos de cidade. Pensar essa totalidade a partir do lugar significa estabelecer ligações entre a cidade e o lugar.¹⁸

Sendo assim, percebe-se que a acessibilidade urbana está relacionada, ao menos na visão urbanística do objeto, à qualidade de projetar espaços ou objetos com base em normas jurídicas e técnicas, legislações específicas e protetivas desses grupos em comentário e demais especificações. Nessa posição, o fato de projetar sem barreiras sociais visíveis – em contrapartida às barreiras atitudinais, que ainda são bastante veladas – deve precisamente representar uma resposta às necessidades e reivindicações dos cidadãos que tenham ou não qualquer tipo e grau de deficiência, principalmente dos primeiros.

Aliado ao tema da acessibilidade se encontra o conceito de desenho universal como mais um instrumento de permissão para a criação de uma política urbana sustentável, heterogênea e de responsabilidade frente ao problema do reconhecimento e da inclusão social das pessoas com deficiência. Com esse objetivo, o desenho universal “visa atender a maior gama de variações possível das características antropométricas e sensoriais da população”,¹⁹ ou seja: busca-se uma concepção nova da forma, ocasionando maior igualdade no seu emprego em todos os espaços e objetos de uso comum. Trata-se, ainda, de evitar a necessidade de produção de ambientes ou elementos especialmente desenvolvidos para atenderem a públicos diferentes, procurando-se contemplar as respectivas utilizações por quaisquer pessoas, com ou sem deficiências.

¹⁷ Milton Santos, *O espaço do cidadão*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 2007 [7ª. ed.].

¹⁸ *Idem*, p. 19.

¹⁹ Renata Cardoso Magagnin, “Cidades acessíveis: o planejamento da infraestrutura para a circulação de pedestres”, em: Maria Solange Fontes, Norma Regina Constantino e Luis Cláudio Bittencourt (org.), *Arquitetura e urbanismo: novos desafios para o século XXI*, Canal 6, Bauru, 2009, p. 5.

Nesse ponto, cabe frisar que uma cidade deficiente em termos de acessibilidades é responsável por isolar e segregar seus indivíduos, que deixam de viver a cidade. Assim, não apenas as pessoas que apresentam algum tipo de deficiência, mas todas, restam prejudicadas no caso de a cidade não apresentar mínimo grau de acessibilidade, posto que as barreiras ao gozo dos direitos fundamentais impedem de fato o convívio entre cidadãos, acentuando as diferenças e impossibilitando uma vivência social entremeio às diversidades.

Na verdade, há um enorme desafio em planejar e criar uma cidade nessas condições, pois é necessário sobrepujar as barreiras físicas e também atitudinais. Entretanto, no que diz respeito à parcela projetual, a questão da acessibilidade é ignorada ou encontra falha em sua execução – advinda especialmente da falta de mão de obra especializada e conhecedora das regras específicas de construções que contemplem pessoas com deficiência, e da fiscalização –, provocando situações em que a inacessibilidade permanece veemente. Para tanto, verifica-se a necessidade de uma vontade política – algo como o *politischer Wille* dos alemães – e um planejamento interdisciplinar, para que o tema esteja presente em cada ação e na totalidade dos projetos urbanos.

Considerações finais

O presente trabalho de forma alguma buscou esgotar o tema relativo à acessibilidade urbana para as pessoas com deficiência, mas tão-somente apresentar uma breve reflexão acerca desse direito fundamental de fruição especial dessas pessoas, firmada a partir da leitura das contribuições teóricas do campo jurídico e urbanístico, tendo em vista que se presta como verdadeira expressão instrumental para que o direito à cidade seja atingido.

Verifica-se que a inclusão representa o processo de transformação e mudança na mentalidade social, que se expressa mediante alterações promovidas nas atitudes e no comportamento dos indivíduos de um dado meio social em relação às necessidades especiais das pessoas com deficiência. Ao se pensar o direito à cidade, a inclusão apenas se faz possível na medida em que há traços relevantes das muitas acessibilidades às pessoas com deficiência, já que a promoção desse direito deve necessariamente fazer parte do planejamento territorial urbano, cabendo, por exemplo, aos municípios incluir os requisitos da acessibilidade em seus marcos de regulação do uso do meio urbano.

Não obstante os inúmeros desafios ainda encontrados à fruição dos direitos de cidadania das pessoas com deficiência na esfera da cidade, dentre os quais se destaca a presença massiva de barreiras arquitetônicas e atitudinais, pode-se dizer que se verificam significativos avanços nessa matéria. Hoje se faz preciso raciocinar a adequação do espaço urbano com base nos próprios conceitos de pessoa com deficiência e de desenho universal, reformulados na esfera internacional a partir da

entrada em vigor da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2008.

Uma vez que o conceito formal de pessoa com deficiência operou mudanças no sentido de sempre se buscar a verificação das limitações no espaço que o indivíduo deficiente frequenta, e não mais em seu corpo, as adequações favoráveis a essas pessoas no meio urbano são traduzidas, em grande parte, pela existência de faixas de travessia elevada, de calçadas rebaixadas e de rampas acessíveis, bem como pela adaptação do mobiliário urbano e a incorporação de ônibus com elevadores para acesso e de estacionamentos com vagas exclusivas reservadas aos deficientes e outras pessoas com mobilidade reduzida, dentre outras, como formas de viabilizar os direitos de acessibilidade e a dimensão cidadã e inclusiva das sociedades contemporâneas.

Dessa forma, conclui-se que a acessibilidade para as pessoas com deficiência na esfera urbanística funciona como mecanismo apto a prover a inclusão social desse grupo, além de servir como fundamento para se alcançar o ideal de cidadania erguido pela Constituição Federal em vigência e como instrumento para o atingimento de outros direitos fundamentais, como a própria liberdade de locomoção, extinta nessa seara da vida urbana por não haver as adequações necessárias a esses indivíduos.

Referências bibliográficas

- AGUIAR, Fabíola de Oliveira, *Acessibilidade relativa dos espaços urbanos para pedestres com restrições de mobilidade*, 2010, 190 f., Tese (Doutorado) – Curso de Ciências, Departamento de Engenharia de Transportes, Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, São Carlos, 2010.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, Brasília, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, [2.^a ed.], 1997.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e Vidal JÚNIOR Serrano Nunes, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, [13.^a ed.], 2009.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT), *NBR 9050: acessibilidade e edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos*, Rio de Janeiro, 2015.
- BRASIL, Decreto nº. 5.296, de 2 de dezembro de 2004, Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm
- BRASIL, Lei nº. 13.146, de 6 de julho de 2015, Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

- BRASIL, Ministério das Cidades, “Política Nacional de Mobilidade Urbana Sustentável”, *Cadernos M Cidades* nº. 6, Brasília, 2004.
- GUIMARÃES, Marcelo Pinto, “Desenho universal é design universal: conceito ainda a ser seguido pelas normas técnicas 9050 e pelo Decreto-lei da Acessibilidade”, *Arquitextos*, São Paulo, ano 08, n. 096.03, Vitruvius, 2008, disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/08.096/141>
- IBGE, *Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*, 2010, disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf
- LANCHOTI, José Antônio, *Construindo a cidade acessível*, Brasília, 2006, disponível em: <https://www.caumg.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/Construindo-a-Cidade-Acessivel.pdf>
- LEITE, Flávia Almeida Piva, “Acessibilidade na cidade: um direito fundamental”, *Revista Diritto & Diritti*, 2017, disponível em: <https://www.diritto.it/acessibilidade-na-cidade-um-direito-fundamental/>
- LEITE, Flávia Almeida Piva e Rui Carvalho PIVA, “Direito fundamental difuso de acesso das pessoas com deficiência a espaços urbanos e sua tutela jurídica coletiva”, *Revista Jurídica UniCuritiba*, v. 2, n. 55, Curitiba, 2019.
- MAGAGNIN, R. C., “Cidades Acessíveis: o planejamento da infraestrutura para a circulação de pedestres”, em: Maria Solange G. de C. FONTES, Norma Regina T. CONSTANTINO e Luis Cláudio BITTENCOURT (org.), *Arquitetura e urbanismo: novos desafios para o século XXI*, Canal 6, Bauru, 2009.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho, “Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva”, *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, jun. 2011.
- SANTOS, Milton, *O espaço do cidadão*, São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, [7ª. ed.] 2007.

Andrea Desirée Rabanales de la Roca* (Guatemala)

El margen de apreciación ante casos de desacuerdo razonable. Mecanismo dialógico entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales

RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de su competencia contenciosa, ha llevado a que la interacción de esta con los Estados (específicamente con sus órganos jurisdiccionales de cierre) sea poco dialógica. Lo anterior se justificaba por la naturaleza de los asuntos que conocía; no obstante, cada vez son más los casos de conceptos esencialmente controvertidos. Ante ello se plantea la posibilidad de aplicar el margen de apreciación como mecanismo de armonización y aproximación dialógica frente a casos de desacuerdo razonable.

Palabras clave: margen de apreciación, diálogo jurisprudencial, desacuerdo razonable.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte zeichnet sich bei der Ausübung seiner gerichtlichen Kompetenzen im Umgang mit den Staaten (insbesondere mit deren letztinstanzlichen Gerichten) durch fehlenden Dialog aus. Dieses Fehlen wurde bisher mit der Natur der verhandelten Gegenstände begründet; mittlerweile sind jedoch zunehmend Rechtsbegriffe im Kern umstritten. Einen Ausweg aus dieser Situation könnte das Konzept des Wertungsspielraums als Mechanismus der dialogbasierten Harmonisierung und Annäherung bei begründeten Kontroversen bieten.

Schlagwörter: Wertungsspielraum, Rechtsprechungsdialog, begründete Kontroverse.

* Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España); magíster en Bioética de la Universidad del Istmo (Guatemala); abogada y licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos (Guatemala). Asesora del Proyecto Seguridad y Justicia/Usaid; profesora universitaria de pregrado y posgrado. andrea.rabanales@gmail.com

ABSTRACT

In the exercise of its contentious jurisdiction, the interaction of the Inter-American Court of Human Rights with the States (specifically with their high courts) is not very dialogic. This was justified by the nature of the matters over which it presided. Nevertheless, more and more cases involve essentially controversial concepts. This article raises the possibility of applying the margin of appreciation as a mechanism of harmonization and dialogic approach in cases of reasonable disagreement.

Key words: Margin of appreciation, jurisprudential dialogue, reasonable disagreement.

Introducción

Desde hace algunas décadas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha jugado un papel trascendental en la protección y defensa de los derechos humanos en el continente americano; ello, además de ser un aporte vital para la protección de la dignidad de las personas, ha implicado que se produzcan, con cada vez mayor regularidad, interacciones entre ese tribunal supranacional y los Estados sometidos a su jurisdicción, sus órganos jurisdiccionales y, específicamente, las salas o tribunales constitucionales.

Dada la magnitud de las vulneraciones de los derechos humanos que acontecían en el continente y, como consecuencia de que muchos de los países americanos estaban bajo dictaduras, la Corte IDH optó por que la interacción que naturalmente se produce en todo sistema de tutela multinivel de derechos humanos se diera en términos poco dialógicos. En su momento, esa aproximación tuvo su justificación en la situación mencionada; no obstante, con el paso del tiempo, a la Corte IDH llegan casos que incorporan materias de desacuerdo razonable; además, paulatinamente las democracias en el continente se han ido fortaleciendo, lo que hace surgir el interrogante de si aún tiene sentido la posición inicial de la Corte IDH o si sería idóneo procurar una aproximación dialógica y armonizadora.

En ese sentido, en el presente artículo se esbozan algunas ideas en torno a la posibilidad de incorporar en la Corte IDH, ante casos de desacuerdo razonable, el margen de apreciación.

1. Herramientas jurisprudenciales. Control de convencionalidad y *res interpretata*

Con miras a consagrar su función contenciosa y a optimizar los resultados en el continente americano, la Corte IDH ha incorporado jurisprudencialmente diversas herramientas de tal trascendencia que han venido a modular y definir, en gran medida, el funcionamiento del tribunal de marras. Dentro de estas herramientas es preciso destacar el control de convencionalidad y la *res interpretata*.

El control de convencionalidad ha sido establecido jurisprudencialmente por la Corte IDH como una obligación derivada del propio tratado e implica que, con o sin determinación concreta de carácter constitucional del valor o la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, estos constituyen parámetro de validez y enjuiciamiento para los jueces ordinarios y constitucionales y conforman lo que se conoce como bloque de constitucionalidad en los Estados.¹

Acosta Alvarado estima que el control de convencionalidad es

... la figura gracias a la cual los jueces estudian la compatibilidad de una norma nacional con las disposiciones interamericanas [...] este examen le corresponde primariamente a la propia Corte IDH (control concentrado). No obstante, según los más recientes avances jurisprudenciales, su ejercicio también les compete a los jueces nacionales que ejercen control de constitucionalidad o, en general, a cualquier funcionario judicial (control difuso).²

Esto significa que, de acuerdo con la Corte IDH, en los países que han reconocido su jurisdicción, los intérpretes nacionales no pueden arrogarse la interpretación última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pues esta compete a ese tribunal supranacional. Además, los jueces nacionales se han convertido también en jueces del sistema interamericano, puesto que deben efectuar el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se ha convertido en herramienta fundamental para la protección de los derechos humanos en América; constituye una herramienta para que autoridades y operadores de los Estados implementen en forma directa la jurisprudencia de la Corte IDH y adecuen la legislación interna y, en general, el rumbo jurídico y político del Estado de conformidad con los criterios y estándares desarrollados en las sentencias de la Corte IDH.

De Figueiredo Caldas afirma: “En esencia, a través de esta doctrina, que supone uno de los más innovadores esfuerzos llevados a cabo por la Corte IDH, se busca

¹ Respecto a los orígenes jurisprudenciales del control de convencionalidad en la Corte IDH, Canosa consigna: “Unos argumentos que comenzó a exponer el juez mexicano de la Corte, Sergio García Ramírez (voto concurrente en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003), y que asumió la mayoría en el célebre Caso Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile, de 26 de septiembre de 2006 [...] en una sentencia posterior (Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128) se acabó, sin más, hablando del ‘control de convencionalidad’ que debían desarrollar los jueces nacionales ‘evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Raúl Canosa, *El control de convencionalidad*, Pamplona, Thomson Reuters, 2015, pp. 29-30).

² Paola Andrea Acosta, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 71.

incrementar la efectiva aplicación de estándares mínimos en materia de derechos humanos del SIDH en los ordenamiento jurídicos nacionales”.³

Acosta Alvarado acota que es la Corte IDH la que ha desarrollado esta figura,⁴ no para referirse al trabajo que esta adelantará, sino para bautizar el control que deben ejercer autoridades nacionales con miras a evitar el uso de normas contrarias al sistema; indica también que según la propia Corte IDH el fundamento de esta figura radica primordialmente en las obligaciones generales de reconocimiento, respeto y adaptación que compelen a los Estados para que todo su andamiaje normativo e institucional esté acorde con la Convención, por lo que el Estado debe asegurarse de expulsar de su ordenamiento las normas incompatibles con el sistema interamericano.⁵

De lo anterior se colige que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todas las autoridades de un Estado, el cual consiste en efectuar una interpretación conforme, entre las leyes nacionales (también políticas y programas) y los estándares interamericanos de protección de derechos humanos fijados por la Corte IDH tanto en su función contenciosa como en su función consultiva, de tal manera que sea factible inaplicar aquellas disposiciones (sin importar su jerarquía dentro del ordenamiento interno) que contravengan los estándares mencionados.

Como complemento del desarrollo del control de convencionalidad, también se ha establecido jurisprudencialmente que la interpretación convencional plasmada por la Corte IDH al proferir sus sentencias es de obligatorio cumplimiento, tanto para las partes en el asunto como para el resto de Estados parte.

Los efectos de una sentencia de la Corte IDH se despliegan en dos direcciones: “a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional [*res iudicata*]; b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados parte en la Convención Americana [*res interpretata*]”.⁶

El segundo supuesto produce eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados parte de la Convención. Todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH. La eficacia subjetiva implica la obligación del Estado de cumplir con la totalidad de la sentencia y no únicamente con la parte dispositiva del fallo. Por su parte, el primer supuesto relativo a la eficacia objetiva “consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no solo la norma convencional, sino la norma convencional

³ Roberto de Figueiredo, “Estructura y funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial”, en Alejandro Saiz (dir.), *Diálogos judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 50.

⁴ El primer caso en que aquel tribunal desarrolló concretamente el control de convencionalidad fue en *Almonacid Arellano vs. Chile*.

⁵ Acosta, *op. cit.*, pp. 73-76.

⁶ Voto razonado del juez Eduardo Ferrer a la resolución de la CIDH de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, párrafos 31-33.

interpretada (*res interpretata*)⁷. Esta eficacia interpretativa tiene como aspiración lograr una efectividad regional mínima de la CADH que, tal como se ha determinado jurisprudencialmente, abarca medidas legislativas y de cualquier otro carácter necesarias para hacer efectivos los mencionados estándares.

Como consecuencia, tanto del control de convencionalidad como de la *res interpretata*, el entendimiento que los Estados tienen en su ordenamiento jurídico interno de los derechos humanos se ve condicionado; esto es debido a que la interpretación que la Corte IDH efectúe de ciertos derechos acaba necesariamente convirtiéndose en la interpretación que debe tener cada Estado respecto de los derechos que incorpora su ordenamiento jurídico, incluso aquellos establecidos por su constitución.

De ahí que se produce en el derecho interno una reestructuración de la comprensión de los derechos fundamentales que podría conllevar, en ciertos casos, discrepancias respecto a la forma como se conciben los mismos en un Estado determinado o incluso, puede implicar la incompatibilidad entre las normas del ordenamiento jurídico de un Estado y la interpretación de las normas convencionales atinentes, efectuada por la Corte IDH.

2. Colisión entre la Corte IDH y los Estados sometidos a su jurisdicción contenciosa

El control que efectúa la Corte IDH tiene su razón de ser en la coexistencia de ordenamientos entre los que no existe prevalencia de uno sobre el otro, sino más bien interacciones mutuas que necesariamente acontecen dentro de la dinámica de tutela multinivel de derechos humanos, puesto que en este caso las materias de competencia de los distintos niveles son susceptibles de superponerse.⁸

La interacción mencionada debería ser valorada positivamente e incluso deseada, pues un andamiaje que opera en favor de la protección de derechos fundamentales a distintos niveles puede ser más efectivo en el cumplimiento de sus objetivos y fines; no obstante, esta interacción acarrea algunas dificultades.

⁷ *Ibid.*, párrafo 43.

⁸ Ferrer, al analizar tanto a la Corte IDH como a los órganos encargados de la interpretación constitucional en el ámbito interno, advierte que su composición orgánica, en ambos casos, está integrada por jueces independientes, cuyos miembros no son numerosos y son nombrados por un periodo más o menos largo; en cuanto a sus funciones señala que: “sobre todo la contenciosa, el objetivo esencial consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex superior* conteniendo un *bill of rights* transnacional, teniendo sus resoluciones efectos vinculantes con los Estados que reconozcan su jurisdicción siendo inapelables. Se realiza, en parangón con la jurisdicción constitucional interna, la interpretación conforme o disconforme a la convención de la normativa nacional, constituyendo una fuerte de derecho en la materia” (Eduardo Ferrer, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, *Revista de Derecho Constitucional*, 2002, pp. 258-259).

En todos los tipos de norma susceptibles de controlarse, independientemente de su jerarquía dentro de los Estados, se pueden producir discrepancias entre la forma en que se conciben los derechos en un Estado, la forma en que estos se encuentran plasmados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación de las normas convencionales atinentes efectuada por la Corte IDH.

Los intérpretes supremos de las constituciones en los Estados parte se ven compelidos a que su interpretación de los derechos humanos sea acorde con lo previsto en tratados internacionales en la materia (dentro de ellos evidentemente la CADH); pero, además, al tener noticia de las decisiones adoptadas por la Corte IDH, se les exige que su interpretación de los derechos humanos sea acorde también con lo determinado por ese tribunal supranacional. Consecuentemente, la forma en la que puede resolver los asuntos sometidos a su consideración se condiciona. Esto puede producir una confrontación entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales nacionales, por ser estos los actores encargados de determinar jurídicamente el contenido y los límites de la constitución y de los derechos humanos contenidos en ella.⁹

3. Forma de abordar el choque y su justificación

El mecanismo o la forma mediante la cual la Corte IDH ha abordado el choque mencionado, es que debe prevalecer lo determinado por el tribunal supranacional.

La dinámica poco dialógica se explica y justifica en la considerable gravedad de los asuntos que la Corte IDH ha tenido que resolver a lo largo de sus años de funcionamiento. Verbigracia, causas relacionadas con desapariciones forzadas, genocidios, ejecuciones extrajudiciales, casos de tortura y, en general, de graves violaciones de derechos fundamentales, donde la condena al Estado resultaba clara y hasta necesaria.¹⁰

En estos casos, la Corte IDH ha jugado un papel trascendental en la defensa de los derechos humanos, posicionándose muchas veces como protagonista de su protección en el continente. Además, en innumerables ocasiones ha sido promotora de reparaciones a las víctimas, ha liderado procesos en pro del esclarecimiento de la verdad y ha fomentado cambios estructurales dentro de los Estados para que estos sean respetuosos de los derechos humanos.

⁹ No es irrelevante destacar que la totalidad de los países sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH cuentan con constituciones cuya parte dogmática incluye un amplio desarrollo en materia de derechos humanos.

¹⁰ Véanse, entre otros, Corte IDH, Hilaire, Constantine y otros *vs.* Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 94; Corte IDH, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Goiburú y otros *vs.* Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 153; Corte IDH, Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, Sentencia de 11 de marzo de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 134.

Sin embargo, con cada vez más regularidad, llegan a la Corte IDH casos que en lugar de ser evidentes y grandes violaciones de derechos humanos, se trata de materias donde existe desacuerdo respecto al contenido, alcance, límites y precisiones de los derechos, o incluso donde hay indeterminación respecto a qué se debe estimar como vulneración o protección de un derecho humano.

Que se sometan a consideración de la Corte IDH (y en general de los tribunales que protegen derechos humanos tanto en el ámbito interno como en el supranacional) problemáticas donde no existe consenso respecto a elementos fundamentales de los derechos humanos deriva del hecho de que el desacuerdo impera en muchas discusiones jurídicas, políticas y éticas de la actualidad. Es la interacción social y el desarrollo de relaciones complejas en el mundo actual los que hacen surgir problemáticas de esta índole; por poner solo algunos ejemplos, se pueden destacar las controversias actuales y la indeterminación en torno a temas tales como la eutanasia, el aborto, el matrimonio igualitario, la libertad de expresión, la libertad de religión, la diversidad etnocultural y el respeto de sus tradiciones, etcétera.

En ese orden de ideas, Juan Carlos Bayón afirma que “cuando puede haber desacuerdos razonables acerca de qué constituye una transgresión de los límites y vínculos que la constitución establece (y por tanto divergencias de opinión acerca de cuál es la *veritas*), la decisión última al respecto ha de ser puesta inexorablemente en las manos de alguien”;¹¹ ese alguien en muchas ocasiones resulta ser la Corte IDH.¹²

¹¹ Juan Carlos Bayón, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, p. 66.

¹² En su artículo “El constitucionalismo en la esfera pública global”, Juan Carlos Bayón critica cómo Luigi Ferrajoli propone dos “principios para la distribución en la esfera global de la autoridad para decidir sobre el contenido y alcance de los derechos”: la subsidiariedad y el “nivel de protección más alto”. Respecto a la subsidiariedad, Ferrajoli la presenta como “un principio constructivo para distribuir y delimitar la autoridad legítima entre las esferas nacional y supranacional, partiendo de una presunción a favor de la esfera nacional”. Al respecto, el autor indica que formulado en esos términos, el principio resulta vacío, pues se apoya en la existencia de un nivel óptimo para la toma de cada tipo de decisión pero se limita a indicar que la decisión debe tomarse en el nivel apropiado y que este resulta ser el inferior en todos los casos en que no sea apropiado el superior. “Ferrajoli sostiene que, en aplicación de la idea de subsidiariedad, cuando los Estados violen los derechos fundamentales o sean ‘estructuralmente impotentes para garantizarlos’ su garantía debe quedar confiada a instituciones supranacionales. Pero el problema, claro está, es que cuando hay desacuerdo acerca del contenido y alcance de nuestros derechos es controvertido qué cuenta o no como violación de los mismos”. Respecto al “nivel de protección más alto” afirma que “todo derecho tiene un alcance justificado y que extenderlo más allá de ese punto no representa una protección mayor, sino una protección indebida”. De tal manera, Bayón concluye que “la fuente de nuestros problemas es la existencia de desacuerdos entre los distintos niveles de decisión acerca de cuál es la protección correcta de los derechos; y por eso, justamente, la adopción como regla de colisión entre ordenamientos concurrentes del principio del nivel de protección más alto no está en condiciones de asegurar, por sí sola, el grado de coherencia y unidad que requiere un pluralismo ordenado como forma de articular una democracia constitucional multinivel” (*ibid.*, pp. 88-93).

Con cada vez mayor regularidad, la presencia de materias de desacuerdo razonable sometidas a consideración de la Corte IDH incrementa la posibilidad de choque entre lo considerado por el mencionado tribunal supranacional en cuanto a límites, alcances y comprensión de los derechos humanos, y lo que al respecto determina el ordenamiento interno de los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH.

En consecuencia, la estructura y dinámica en que ejerce sus funciones la Corte IDH, aunada al conocimiento de casos de materias donde es susceptible el desacuerdo, es el ambiente preciso para que se produzcan choques entre lo resuelto por la Corte IDH y lo establecido en los ordenamientos de los Estados, confrontación que es especialmente relevante cuando el conflicto enfrenta una sentencia del tribunal supranacional y el desarrollo constitucional de un derecho.

4. Derechos controvertidos y dinámica de la Corte IDH como catalizadores de la búsqueda de una nueva aproximación

Algunos son ya los casos conocidos por la Corte IDH que versan sobre materias de desacuerdo respecto al sentido, significado o alcance de los derechos humanos; y también, varios son aquellos en donde el choque entre lo resuelto por esta y el ordenamiento jurídico de los Estados se confronta producto de la dinámica y estructura propia en que ejerce sus funciones la Corte aludida.¹³

Como se consignó, la dinámica poco dialógica en que, en la mayoría de casos, la Corte IDH ha abordado el choque mencionado, se justificaba porque los casos conocidos por este tribunal resultaban, en la mayoría de casos, grandes y evidentes violaciones de derechos humanos; no obstante, ello ha cambiado con la paulatina aparición de problemáticas complejas, tal como se constató en el apartado anterior. Entonces, si se estima que una de las razones primordiales para sustentar la estructura poco dialógica de la Corte IDH ha sido la necesidad de efectuar pronunciamientos contundentes debido a la magnitud de las violaciones de derechos fundamentales presentes en los casos que debía resolver, se justificaría que ante la aparición de eventos respecto a materias discutibles se optara por una aproximación dialógica.

En escenarios tan plurales como el que existe entre los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH, con un pluralismo jurídico tan marcado, es factible que no haya unidad de interpretación en cuanto al sentido, significado y alcance de los derechos fundamentales. Como anota Bustos Gisbert:

¹³ Por ejemplo, Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73; Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, párr. 238; Corte IDH, 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.

Lo característico de las situaciones de pluralismo descritas es que ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas [...]. Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente [...]. En tales casos, apunta Poiaras Maduro, existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.¹⁴

La aproximación para abordar el choque entre lo determinado en las sentencias de la Corte IDH y el ordenamiento jurídico interno de un Estado (en especial el preceptuado en el texto supremo) debería buscarse mediante la reestructuración del esquema bajo el que opera el alto tribunal; específicamente, la forma como se relaciona e interactúa este con los órganos de cierre del sistema jurídico de los respectivos Estados. La reestructuración mencionada debe propender a la comunicación o al diálogo judicial, tal como consigna Bustos Gisbert, no solo para la búsqueda de soluciones, sino también para garantizar la convivencia, tratando de evitar bloqueos por incompatibilidad.¹⁵

5. Aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al choque en materia de derechos humanos entre sus decisiones y el ordenamiento jurídico de los Estados

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha optado por abordar las posibles confrontaciones entre lo que resuelve y lo preceptuado en el ordenamiento interno de los Estados sometidos a su jurisdicción mediante la utilización de distintos mecanismos dialógicos.

El diálogo judicial se concibe como un acto de comunicación entre tribunales donde estos “se reconocen, mutuamente, legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre otro”.¹⁶ El diálogo llevado a cabo por el TEDH se ha desarrollado abandonando la idea de primacía irrestricta del tribunal supranacional; lo anterior, principalmente por dos razones: en primer lugar, por el respeto y reconocimiento del papel de los tribunales nacionales como actores que protegen derechos humanos; en segundo lugar, por los efectos interpretativos de sus sentencias.¹⁷

¹⁴ Rafael Bustos, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 2012, p. 22.

¹⁵ *Ibid.*, p. 18.

¹⁶ Rafael Bustos, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 21.

¹⁷ Que distan de los efectos de las sentencias proferidas por la Corte IDH donde indiscutiblemente opera el control de convencionalidad y la *res interpretata*.

Con relación al reconocimiento de la legitimidad de los tribunales nacionales como actores valiosos en la tutela multinivel de derechos humanos, Bustos Gisbert afirma que la intensidad del diálogo establecido va a depender en gran medida del grado de reconocimiento del otro tribunal como un interlocutor válido.¹⁸ El TEDH, en la mayoría de los casos, reconoce a los órganos de cierre de los Estados sometidos a su jurisdicción como sus aliados en la protección multinivel de derechos humanos y ello propende a que confíe en las decisiones que estos adoptan en asuntos sometidos a su conocimiento.

En cuanto a los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH, es dable consignar que si bien la doctrina actual reconoce que las sentencias del TEDH “generan efectos más allá de la cosa juzgada, que repercuten tanto en el Estado implicado respecto de un asunto concreto como en terceros Estados parte en situaciones similares”,¹⁹ no hay acuerdo sobre el nivel de vinculatoriedad de los efectos interpretativos de las mismas;²⁰ de ahí que el hecho de que no se tengan determinados con certeza los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH ha facilitado que no se adopten relaciones verticales y poco dialógicas entre el TEDH y los tribunales jurisdiccionales de los Estados europeos sometidos a su competencia.

Bustos Gisbert sostiene que “puede apreciarse la aparición de nuevas y específicas normas procesales destinadas a canalizar o regular el diálogo entre tribunales”,²¹ dentro de las que se ubica el margen de apreciación.

6. Margen de apreciación

Según Núñez Poblete, el margen de apreciación

¹⁸ Rafael Bustos, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹ Argelia Queralt, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 71.

²⁰ Considerable parte de la doctrina identifica las sentencias del TEDH como una autoridad persuasiva y manifiestan que las autoridades nacionales siguen voluntariamente la jurisprudencia del TEDH sin que exista obligación jurídica ni en el CEDH ni en el derecho internacional, sino simplemente porque tienen temor de provocar una potencial sentencia europea estimatoria si la interpretación aplicada por la instancia nacional no se adecua a los estándares internacionales o porque el TEDH, dada su especificidad, tiene una presunción de corrección que facilita que las jurisdicciones internas la utilicen como precedente. Otros reconocen al TEDH como una autoridad interpretativa de carácter jurídico y defienden que puede reconocerse el carácter jurídico de la vinculación de las autoridades judiciales nacionales a la autoridad de *res interpretata* de las sentencias europeas en ciertos Estados en los que el CEDH ha sido incorporado. Una última línea doctrinal se inclina a reconocer carácter jurídico a la autoridad interpretativa de las sentencias del TEDH y admite una vinculación jurídica de los Estados parte no implicados en determinado proceso a la *Orientierungswirkung* derivada del CEDH; sostienen que existe obligación jurídica de seguir la jurisprudencia europea si esta es clara, precisa y reiterada (*ibid.*, pp. 71-78).

²¹ Bustos, *op. cit.*, p. 47.

... deja un margen de libertad a los Estados (i) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, (ii) para limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad y (iii) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos se desarrollan en el ordenamiento interno [...] (iv) para definir el sentido del derecho nacional y (v) para definir el modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado.²²

Barbosa Delgado, luego de estudiar la manera como este es definido por diversos autores,²³ concluye que el margen de apreciación “debe ser comprendido como un reducto o criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales. Su existencia se encuentra justificada por la ausencia de un consenso entre los diferentes Estados parte dentro de los tratados”.²⁴

De lo anteriormente consignado se colige que la idea toral del margen de apreciación es que los Estados cuentan con cierta discrecionalidad en el momento de aplicar y cumplir las obligaciones de carácter internacional que les son impuestas, y en la ponderación de intereses complejos. El margen de apreciación entraña deferencia del nivel supranacional hacia la decisión interna.

7. Precondiciones para implementar el margen de apreciación

Barbosa Delgado introduce un elemento necesario para hacer viable la utilización del margen de apreciación: la existencia de determinadas precondiciones.

²² Manuel Núñez, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Manuel Núñez y Paola Acosta Alvarado (coords.). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 6.

²³ Barbosa indica que Arai Takahashi lo define como la posibilidad para el Gobierno de evaluar situaciones prácticas y, al mismo tiempo, de aplicar disposiciones inscritas en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos. Explora también lo afirmado por Mahoney quien establece que doctrina es resultado natural entre la difusión y la aplicación estandarizada de valores de la Convención, y lo sostenido por Kastanas para quien el concepto es de geometría invariable y uno en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permite a los grandes órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales (Francisco Barbosa Delgado, *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*, México, Biblioteca Jurídica Virtual – UNAM, 2012).

²⁴ *Ibid.*, p. 3.

La primera de ellas es que el Estado respecto al que se tenga la deferencia y se conceda la utilización del margen de apreciación debe ser necesariamente un Estado de derecho; además,

... el Estado a través de sus jueces debe aplicar adecuadamente la justicia para efecto que su margen de apreciación en torno a los derechos humanos se encuentre conforme a los estándares internacionales. En caso contrario, la inacción –impunidad– o la inaplicación inadecuada de la justicia frente a los ciudadanos conllevaría la reactivación de los mecanismos internacionales de derechos humanos, configurándose un desplazamiento de la función de decisión judicial.²⁵

La segunda precondition es la existencia de democracia en el seno del Estado respecto al cual se tendrá la deferencia. La democracia

... es entendida, entonces, como el espacio en el cual se respeta el pluralismo, la tolerancia de las personas, se acatan los derechos humanos, se desarrollan las relaciones de confianza con sus instituciones y se entiende la participación y la libre discusión, como factor esencial de legitimidad. Sin ella, los Estados no tendrían un margen nacional de apreciación conforme al derecho internacional de los derechos humanos.²⁶

En consecuencia, para que se concrete la posibilidad de utilizar el margen de apreciación como herramienta hermenéutica es imprescindible que el Estado cuya decisión va a ser respetada o apoyada sea un Estado de derecho y que ejerza su soberanía sobre individuos que se relacionen en el seno de una sociedad verdaderamente democrática y respetuosa del pluralismo.

Además, el autor Andrew Legg afirma que en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados demandados, cuando aspiran a que se aplique el margen de apreciación en su favor, no tienen autoridad sobre los tribunales supranacionales para exigir su aplicación; en cambio, estos últimos sí tienen la autoridad para determinar la pertinencia de utilizar esa técnica de deferencia, pero para ello deben considerar la concurrencia de, al menos, uno de los siguientes factores: legitimidad democrática de la decisión estatal, falta de consenso entre los Estados respecto a la materia objeto de discusión y mayor especialización de autoridades estatales en el caso concreto. Esto se debe a que la deferencia hacia un Estado debe contar con una justificación lógica y no simplemente de carácter relacional entre el tribunal supranacional y el Estado.²⁷

²⁵ *Ibid.*, p. 19.

²⁶ *Ibid.*, p. 24.

²⁷ Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 17-19.

La legitimidad democrática de la decisión estatal gira en torno a la idea de que el Estado cuenta con un mandato democrático que lo faculta para decidir en materia de derechos humanos; en cuanto a la especialización de autoridades estatales en el hecho concreto puede darse el caso en que estas conozcan con mayor profundidad la temática que se esté discutiendo y, justamente por su posición privilegiada, resulte pertinente la aplicación del margen de apreciación.

Con relación a la falta de consenso, diversos autores la ubican como el factor primordial por considerar para la utilización del margen de apreciación; al respecto, Benavides Casals indica:

... la teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual.²⁸

8. Viabilidad del margen de apreciación en la Corte IDH

El TEDH ha encarado el conflicto haciendo uso, en varios casos, del margen de apreciación,²⁹ situación que, a la postre, ha redundado en una protección de los derechos humanos respetuosa de la diversidad cultural y jurídica de los mismos; vale entonces analizar si esto sería factible de implementarse en la Corte IDH.

Para ello se deben analizar al menos dos aspectos: si existe compatibilidad para la incorporación del margen según los arreglos estructurales propios de la Corte IDH, y si la naturaleza de los casos que ese tribunal debe resolver amerita la utilización de ese mecanismo de deferencia.

Tal como se señaló, la Corte IDH incorpora jurisprudencialmente el control de convencionalidad, la *res iudicata* y la *res interpretata*; si bien dentro de los objetivos de estas herramientas jurisprudenciales está procurar la aplicación uniforme de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, ello no resulta incompatible con la incorporación del margen de apreciación.

Tal como sucede con otras técnicas de deferencia, sería el propio tribunal supranacional el que determinaría la procedencia del margen de apreciación. De tal

²⁸ María Angélica Benavides, "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Ius et Praxis*, año 15, núm. 1, 2009, p. 7.

²⁹ Por ejemplo, TEDH, Caso *Handyside vs. Gran Bretaña*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976; TEDH, Caso *Wingrove vs. Reino Unido*, Sentencia de 25 de noviembre de 1996; TEDH, Caso *Vo vs. Francia*, Sentencia de 8 de julio de 2004.

cuenta, su incorporación no supondría un menoscabo a las competencias de aquella, ni una disminución de su rol como intérprete de la CADH, ni como creadora de estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Con relación a la naturaleza de los asuntos que conoce la Corte IDH es dable afirmar que estos ya no son como anteriormente sucedía, casos de grandes violaciones de derechos humanos o cuestionamientos de los actos de poder y de decisión emanados de dictaduras donde no había sustento democrático; son más bien asuntos complejos donde puede haber controversia respecto al alcance, contenido e interpretación de los derechos fundamentales –cuestiones esencialmente controvertidas–.³⁰

9. Procedencia del margen de apreciación: desacuerdo razonable

Estimando lo plasmado en el apartado anterior, no pareciera existir impedimento concreto para la incorporación en la Corte IDH del margen de apreciación, por lo que resulta procedente analizar en qué casos se justificaría.

Una de las principales razones que daban sustento a la estructura poco dialógica de la Corte IDH era la naturaleza de los derechos que debía resolver el tribunal (grandes violaciones de derechos humanos); resulta sensato señalar que si ello se modifica, ante la aparición de desacuerdos razonables, podría también modificarse la aproximación en que la Corte IDH opera.

Respecto a los desacuerdos razonables, Juan Carlos Bayón consigna que son generados por “la relativa indeterminación de nuestras propias concepciones sobre el alcance de los derechos”.³¹ Rawls, por su parte, afirma que

... el desacuerdo razonable es un desacuerdo entre personas razonables; esto es, entre personas que han llevado a la práctica sus dos poderes morales en grado suficiente para ser ciudadanos libres e iguales en un régimen constitucional, y que tienen el deseo durable de honrar y acatar los términos justos de cooperación y de ser integrantes plenamente cooperadores de la sociedad

³⁰ Waldron indica que cuando se habla de un concepto esencialmente controvertido, no se limita a suponer que se está ante una noción cuyo significado es muy controversial, ni tampoco significa simplemente que este sea inextricable. *Esencialmente controvertido* indica, en primer término, que la discusión gira en torno al significado central del concepto; es una discusión acerca de diferentes visiones del significado esencial. En segundo lugar, expone que lo controvertido del concepto es parte de su esencia misma; es decir, se está ante un término cuyo significado es más propenso al desacuerdo que al consenso. Por último, un concepto esencialmente controvertido hace referencia a que el desacuerdo es, en determinados casos, indispensable en la aplicación del término (Jeremy Waldron, “Vagueness in law and language: Some philosophical issues”, *California Law Review*, vol. 82, 1994, pp. 529-530).

³¹ Juan Carlos Bayón, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013, p. 63.

[...] comparten la misma razón humana, así como semejantes poderes de pensamiento y de juicio: pueden hacer inferencias, ponderar las pruebas y equilibrar las consideraciones rivales.³²

Rawls identifica como causas o fuentes del desacuerdo razonable a las *cargas del juicio*. Como las más obvias expone: i) la evidencia que se presenta en el caso es conflictiva y compleja y por ende difícil de establecer y valorar; ii) aun cuando se está de acuerdo sobre las consideraciones relevantes para el caso, se puede disentir acerca de su importancia y así hacer diferentes juicios; iii) en cierta medida, todos los conceptos, no solo los morales y políticos, son vagos y están sujetos a casos difíciles (son conceptos esencialmente controvertidos); esta indeterminación significa que se debe atener a juicios e interpretaciones que están dentro de ciertos límites en que las personas razonables pueden diferir; iv) en alguna medida, la manera en que se aprecian y sopesan valores está condicionada por la experiencia, de ahí que en una sociedad moderna con distintos grupos sociales y variedad étnica, las experiencias de los ciudadanos son lo suficientemente dispares para que sus juicios sean divergentes; v) a menudo se presentan diferentes clases de consideraciones normativas y de diversa fuerza en ambos bandos de una disputa; vi) cualquier sistema de instituciones sociales está limitado en los valores que puede admitir, de manera que hay que hacer una selección de entre toda la gama de valores morales y políticos que podrían ser llevados a efecto.³³

La consecuencia de las *cargas del juicio* mencionadas es que no todas las personas razonables se rigen por la misma doctrina comprensiva razonable,³⁴ es decir, se pueden tener diferentes concepciones del mundo a partir de diversos puntos de vista, dado que la diversidad surge de las distintas perspectivas del sujeto. Consecuentemente, no sería razonable estimar que determinada doctrina comprensiva tenga mayor mérito que otras. En ese orden de ideas, Rawls consigna que

... las personas razonables se dan cuenta de que las cargas del juicio de valor establecen límites a lo que puede ser justificado razonablemente para los demás [...] Es irrazonable que nosotros utilicemos el poder político, en caso de tenerlo, o de compartirlo con otras personas, para reprimir puntos de vista comprensivos que no son irrazonables.³⁵

³² John Rawls, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 72.

³³ *Ibid.*, pp. 73 y 74.

³⁴ Para Rawls, las doctrinas comprensivas razonables tienen tres características principales: en primer lugar, una doctrina razonable es un ejercicio de la razón teórica que abarca los más importantes aspectos religiosos, filosóficos y morales de la vida humana de manera consistente y coherente; en segundo lugar, organiza y caracteriza valores reconocidos para que sean compatibles unos con otros y expresen una concepción del mundo; y, en tercer lugar, cada doctrina hace esto en formas que la distinguen de otras, pero puede evolucionar lentamente a la luz de suficientes razones (*ibid.*, pp. 75 y 76).

³⁵ *Ibid.*, pp. 77-78.

Para la noción de desacuerdo razonable no basta tan solo que se tengan concepciones distintas del mundo y de las cargas valorativas por aplicar; es meritorio también la razonabilidad. Al respecto, Rawls señala que el pluralismo no es el hecho decisivo como tal sino el pluralismo razonable, como el resultado a largo plazo de los poderes de la razón humana dentro de un marco durable de instituciones libres, es decir, como el resultado del libre ejercicio de la razón humana en condiciones de libertad.³⁶

Si bien las cargas del juicio explican la existencia de desacuerdos entre personas razonables y por qué individuos capaces de cooperar bajo términos justos y que tienen una concepción racional del bien no llegan a los mismos juicios sobre asuntos religiosos, filosóficos o morales (existencia de diversas doctrinas comprensivas), para poder establecer el límite entre lo que se considera desacuerdos razonables y lo que no, se debe hacer uso del concepto de *razón pública*. Los desacuerdos razonables serían aquellos entre personas que ejercen una razón pública, es decir, razones que sean aceptadas por los demás miembros de la sociedad (razones compartidas). Estas razones compartidas, como se expone en *Liberalismo político*, son las basadas en una concepción política de la justicia sustentada en un consenso por superposición (*overlapping consensus*); lo que implicaría que ideas fundamentales sean compartidas por diferentes doctrinas comprensivas que se constituyen como una concepción política de la justicia, independientemente de las doctrinas comprensivas defendidas por los diferentes miembros de la sociedad. Entre estas ideas fundamentales se pueden encontrar los derechos y valores contenidos en las constituciones de los Estados y en los distintos tratados internacionales. En consecuencia, los desacuerdos serían, además de simples desacuerdos, razonables, si derivan de las interpretaciones plausibles de las ideas fundamentales que conforman el consenso por superposición.³⁷

10. Otra razón para la procedencia del margen de apreciación: legitimidad democrática

Además de la concurrencia de desacuerdos razonables para que sea procedente la utilización del margen de apreciación, la Corte IDH, al emitir sus pronunciamientos dentro de un caso concreto, debería verificar también la legitimidad democrática del ordenamiento jurídico estatal que sustenta el proceder del Estado que se cuestiona (en el caso de que el proceder del Estado tenga sustento normativo).³⁸

³⁶ *Ibid.*, p. 146.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Sobre la legitimidad democrática de tribunales y cortes internacionales se ha escrito mucho. (Véase Richard Bellamy, “The democratic legitimacy of International Human Rights Conventions: Political constitutionalism and the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, núm. 24, 2015; Armin von Bogdandy, “The democratic legitimacy of International Courts: A conceptual framework”, *Theoretical Inquires in Law*,

Según lo que consigna Gargarella al referirse al Caso Gelman *vs.* Uruguay (donde se verifican en el asunto subyacente desacuerdos razonables y legitimación democrática de la decisión del Estado), la legitimidad democrática de una norma está asociada al grado de inclusividad y debate público que haya rodeado a la misma al momento de ser dictada; por tanto, una norma producto de una dictadura típicamente gozaría de un grado más bajo de legitimidad debido a niveles de exclusión social presentes en la redacción y discusión de la misma.³⁹

El respeto a la legitimidad democrática parte de la idea de que toda comunidad tiene derecho de autodeterminarse y de definir los principios fundamentales que organizan sus instituciones básicas, “ello como resultado de asumir que, dentro de esa comunidad, ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros”.⁴⁰ La capacidad de determinada comunidad para decidir sobre sus propios asuntos debería incluir la posibilidad de que esta seleccione ciertos intereses fundamentales y los proteja de modo especial, mediante un diálogo colectivo, persistente en el tiempo, y abierto, con el objeto de refinar y precisar cuáles son esos intereses por proteger, cuáles sus contenidos específicos y cuáles sus entornos.⁴¹

Una discusión pública inclusiva y respetuosa de ciertas reglas procedimentales específicas da razones para considerar que de ese modo se maximiza la imparcialidad del resultado y se evitan ciertos sesgos indebidos. La noción de legitimidad democrática aquí reseñada no implica que toda expresión colectiva surgida del seno de una comunidad amerite una deferencia. Decisiones producto de altos niveles de exclusión, falta de información, obstrucción del debate público, restricciones a la libertad de expresión y similares, tendrían baja legitimidad democrática. Ante estas circunstancias, es natural que las decisiones de organismos internacionales ganen en autoridad y confiabilidad, pero “no ocurre lo mismo, en cambio, cuando la decisión que es objeto de análisis es producto de un proceso complejo, difícil, pero a la vez transparente, limpio y ampliamente participativo [...] frente a estas decisiones los tribunales internacionales deberían ser especialmente cuidadosos, respetuosos y deferentes”.⁴²

Por tanto, en clave del conflicto entre el ordenamiento jurídico de los Estados y las sentencias de la Corte IDH, si la decisión que sustenta el proceder del Estado deviene de un proceso deliberativo informado, inclusivo y transparente, se reducen las posibilidades de tomar decisiones en favor de determinados sujetos; entonces, y

núm. 20, 2013; sin embargo, para efectos del presente estudio, la noción de legitimidad democrática evoca el sustento democrático y el aspecto de la toma de decisiones transparentes y participativas dentro de los Estados.

³⁹ Roberto Gargarella, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política de la Universidad de Yale*, New Haven, Yale University Press, 2013, pp. 6-8.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Ibid.*, pp. 18-20.

si el caso lo hace meritorio por haber desacuerdo razonable, podría ser procedente la utilización del margen de apreciación.

Conclusiones

La incorporación del margen de apreciación en la Corte IDH no contraviene los arreglos estructurales actuales de ese tribunal puesto que podría configurarse como una herramienta jurisprudencial complementaria del control de convencionalidad y de la *res iudicata* y *res interpretata*. Incorporaría la posibilidad de que la Corte aludida desempeñara sus competencias respetando el pluralismo jurídico y cultural de los Estados sometidos a su jurisdicción.

En cuanto a la procedencia del margen de apreciación en la Corte IDH, esta debe atender a dos factores: en primer lugar, que se esté ante un caso donde, dado que se discuten cuestiones esencialmente controvertidas, se aprecie la concurrencia de desacuerdos razonables (entendidos como la concurrencia de aproximaciones divergentes respecto a la interpretación, los límites y los alcances de los derechos humanos). En segundo lugar, se debe estimar que la norma que sirve de sustento para el proceder del Estado cuenta con legitimidad democrática (derivada de un proceso deliberativo informado, inclusivo y transparente) pues, en caso contrario, no tendría sentido alguno diferir en favor de la aproximación del Estado.

La efectiva incorporación del margen de apreciación en la Corte IDH cuando está pendiente de emitirse sentencia contra el Estado parte, en el respectivo proceso internacional, podría hacerse efectiva mediante su inclusión en la sentencia misma. En este escenario, el margen de apreciación sería una herramienta de creación jurisprudencial incorporada con miras a respetar el pluralismo jurídico y cultural de los Estados cuando se está ante un caso que implica desacuerdos razonables y cuya decisión estatal cuenta con sustento democrático.

Distinto escenario con relación al mecanismo procedimental para incorporar el margen acontece cuando ya hay un pronunciamiento de la Corte IDH y la utilización del margen es invocada por un Estado distinto respecto al que se dictó dicha decisión, pero que, de cualquier manera, está vinculado por la sentencia. En este caso en particular se podría formular un nuevo mecanismo procedimental.

El mecanismo procedimental posible para el caso mencionado debería ser susceptible de solicitarse por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado cuando consideren que debe aplicarse el margen de apreciación; el proceso subyacente debería quedar en suspenso hasta que el tribunal supranacional emitiera su decisión; y sería la propia Corte IDH la que, tras determinar los antecedentes del caso y el pluralismo jurídico y cultural del solicitante, estableciera (ante la concurrencia de desacuerdo razonable y legitimidad democrática en la decisión estatal) la pertinencia de utilizar el margen de apreciación y apoyar la aproximación del Estado.

Muchas aristas y cuestionamientos podrían surgir de la incorporación del margen en la Corte IDH, y aun aceptando su pertinencia, se debe seguir profundizando en

el mecanismo procedimental idóneo para ello. De cualquier manera, vale la pena explorar esa posibilidad, pues una reestructuración para darle un cariz menos jerárquico y más dialógico a la Corte IDH podría ser justo lo que esta necesite para seguir teniendo un papel relevante en el continente como baluarte principal en defensa de los derechos humanos. En caso contrario, podrían producirse incompatibilidades a tal grado de perjudicar la tutela de los derechos y podría incluso la Corte IDH actuar en contra de aquello para lo que fue ideada.

Bibliografía

- ACOSTA, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BARBOSA, Francisco, *El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática*, México, Biblioteca Jurídica Virtual – UNAM, 2012. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf>
- BAYÓN, Juan Carlos, “El constitucionalismo en la esfera pública global”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIX, 2013. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2013-10005700100_ANUARIO_DE_FILOSOF%26%23833%3B_DEL_DERECHO_EL_constitucionalismo_en_la_esfera_p%26%20publica_global
- BENAVIDES, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Ius et praxis*, año 15, núm. 1, 2009.
- BUSTOS, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 49, 2012.
- _____, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.
- CANOSA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Pamplona, Thomson Reuters, 2015.
- DE FIGUEIREDO, Roberto, “Estructura y funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: sus herramientas para un efectivo diálogo judicial”, en Alejandro SAIZ (dir.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- FERRER, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, *Revista de Derecho Constitucional Caracas*, 2002.
- GARGARELLA, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, *Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política de la Universidad de Yale*, New Haven, Yale University Press, 2013.
- LEGG, Andrew, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- NÚÑEZ, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de

adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, en Manuel NÚÑEZ y Paola ACOSTA (coords.). *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

QUERALT, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

WALDRON, Jeremy, “Vagueness in law and language: Some philosophical issues”, *California Law Review*, vol. 82, 1994.

Víctor Bazán* (Argentina)

Modalidades y praxis de control constitucional de los tratados internacionales en algunos Estados latinoamericanos

RESUMEN

El objeto de este estudio es proporcionar una visión panorámica de las modalidades empleadas por algunos Estados latinoamericanos al desarrollar la inspección de constitucionalidad de los tratados internacionales. La tesis central consiste en afirmar, como principio general de *lege desiderata*, que semejante control debe ser preventivo y obligatorio para evitar incurrir en responsabilidad internacional en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Internacionales entre Estados. Para tener una mirada más abarcadora del tema, se realizará también un señalamiento referencial a ciertos Estados que han optado por la tipología de fiscalización constitucional represiva, posterior o correctiva de los instrumentos internacionales, y de otros que presentan peculiaridades, como la coexistencia de controles *ex ante* y *ex post*. En suma, el menú de opciones que ofrece el paisaje normativo latinoamericano en la materia lejos está de ser lineal, presentándose como disímil y multiforme.

Palabras clave: control de constitucionalidad, responsabilidad internacional, tratados internacionales.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Untersuchung sollen die Modalitäten der Prüfung der Verfassungskonformität von internationalen Verträgen in einigen lateinamerikanischen

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y posdoctorando en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Derecho Procesal Constitucional y Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor invitado de Posgrado en UBA y otras universidades argentinas y extranjeras. Miembro originario del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales (constituido en 2009), Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer. vba_mart9@yahoo.com.ar

Staaten im Überblick dargestellt werden. Als zentrale These wird im Sinne der generellen Grundregel einer *lege desiderata* die Auffassung vertreten, dass eine solche Prüfung präventiv und obligatorisch sein sollte, um einer möglichen internationalen Verantwortung nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der internationalen Verträge zwischen Staaten zuvorzukommen. Mit dem Ziel einer umfassenderen Betrachtung des Themas wird zudem auf bestimmte Staaten Bezug genommen, die sich für die Typologie der repressiven Prüfung der Verfassungskonformität im Nachhinein oder die Kontrolle zur Korrektur der internationalen Instrumente entschieden haben, sowie auf andere mit bestimmten Charakteristiken, wie z. B. die Koexistenz von Ex-ante und Ex-post-Überprüfungen. Insgesamt ist das Menü der Optionen, die die lateinamerikanische Normenlandschaft auf diesem Gebiet anbietet, keineswegs linear, sondern äußerst vielfältig.

Schlagwörter: Prüfung der Verfassungskonformität, internationale Verantwortung, internationale Verträge.

ABSTRACT

The purpose of this study is to provide a panoramic view of the modalities employed by some Latin American States in developing the inspection of constitutionality of international treaties. The central thesis consists of affirming, as a general principle of *lege desiderata*, that such control should be preventive and mandatory in order to avoid international responsibility under the terms of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States. For a more comprehensive look at the issue, the study will also refer to certain States that have opted for a repressive, subsequent or corrective constitutional control of international instruments, and others that present peculiarities, such as the coexistence of *ex ante* and *ex post* controls. In sum, the menu of options offered by the Latin American normative landscape in the matter is far from being linear, presenting itself as dissimilar and multiform.

Key words: Control of constitutionality, international responsibility, international treaties.

Prolegómenos

En este estudio ofreceremos una visión panorámica del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en algunos Estados de Latinoamérica. Anunciamos desde este momento que nuestra tesis central consiste en afirmar, como principio general, que semejante control debe ser *preventivo y obligatorio*, obviamente en los sistemas en que ello sea constitucionalmente posible.

El camino que proponemos, sin contabilizar estas notas introductorias, recorrerá los siguientes puntos temáticos: 1) algunos apuntes contextuales y factores elementales de análisis sobre el tópico en discusión para una mejor comprensión de la postura que abajo expondremos en detalle (y que ya esbozamos aquí); 2) un señalamiento referencial a ciertos Estados que han optado por el control de constitucionalidad

represivo, posterior o correctivo de los tratados internacionales; 3) el paisaje jurídico reinante en determinados sitios que, de una u otra manera, han institucionalizado solo el control preventivo o bien que permiten la coexistencia de la fiscalización previa y también posterior en ciertos casos; y 4) un conjunto de apreciaciones de cierre que se sumarán a otras intercaladas en el nudo de este artículo.

1. Consideraciones contextuales y ciertos insumos analíticos

El presente trabajo no promete verdades inconcusas o pretendidamente inatacables. Muy lejos de ello, y con un objetivo mucho más limitado y modesto, ha sido pensado simplemente para presentar algunas ideas y llamar la atención sobre ciertas cuestiones relacionadas con una temática de trascendente cotización jurídica y axiológica, la que, si bien ha sido objeto de ciertos desarrollos doctrinarios, no ha cosechado aún una atención cuantitativamente acorde con la valiosa textura e incontables proyecciones del problema. Sobre todo, *vis-à-vis*, el creciente grado de desarrollo del derecho internacional¹ y, particularmente, del derecho internacional de los derechos humanos y su injerencia en diversos espacios de los escenarios jurídicos internos de los Estados, marco en el que debe brillar con luz propia y officiar como regla clave el axioma que precisa que *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*, sobre el piso de marcha que ofrece el cada día más relevante principio *pro persona*.

No descubrimos nada al afirmar que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales no es precisamente un asunto menor o sin importancia institucional.² En él se involucran, activan y/o quedan al descubierto diversas y trascendentes cuestiones asociadas al derecho constitucional, al procesal constitucional y al internacional de los derechos humanos.

¹ Por su parte, y como refieren Fix y López, los Estados están insertos en los nuevos ámbitos “globales”, al mismo tiempo que muchos de los espacios que la teoría tradicional de la soberanía les reservaba son objeto de decisiones y regulaciones que escapan a su control “soberano”, de donde los autores citados extraen que el poder normativo del Estado se ha visto erosionado por el creciente papel del derecho internacional, de las organizaciones internacionales y de los procesos de integración, contexto en el que –según entienden– debe plantearse la cuestión del papel del derecho en un mundo “global” (Héctor Fix y Sergio López, “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en VV.AA., *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, IJ-UNAM, The American Society of International Law, 1997, pp. 317-318). Véase también, entre muchos otros autores, Manuel Becerra, “Notas sobre el derecho internacional público a finales del siglo”, en VV.AA., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, IJ-UNAM, 1998, pp. 251-285.

² Para ampliar sobre el particular, véase el libro de Víctor Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003, *passim*.

Para una visión holística del problema que nos convoca, no cabría soslayar, *inter alia*, la creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la decisión institucional de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión.

En ese escenario contextual, es un dato de especial interés el modo como el ordenamiento jurídico de que se trate diseñe su esquema de supervisión constitucional respecto de los instrumentos internacionales. Es que, una vez que el tratado internacional de que se trate se encuentre en vigencia e integrado al ordenamiento jurídico interno, por vía de principio, resultaría inconveniente habilitar a su respecto un control de constitucionalidad *a posteriori*, pues si siguiéramos un razonamiento hipotético, ¿qué sucedería en caso de que el órgano jurisdiccional constitucional pertinente concluyera que el mismo es total o parcialmente inconstitucional y, al hilo de tal decisión, se optara por no cumplir los postulados de esa fuente internacional?

Observamos que semejante alternativa podría coadyuvar al debilitamiento de la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales. Ello tampoco supondría, precisamente, respetar los principios generales del derecho internacional, en particular las pautas *pacta sunt servanda* –norma fundamental de todo el derecho de los tratados–, cumplimiento de buena fe, interpretación conforme al objeto y fin del tratado e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales. Por el contrario, todo ello propiciaría el demérito de la honorabilidad y credibilidad del Estado y el desencadenamiento de su responsabilidad internacional.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (CVDT), de 23 de mayo de 1969, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, es un instrumento de importancia capital e insoslayable. Contiene principios fundamentales en materia de tratados internacionales, algunos de los cuales fueron anunciados en el párrafo anterior (anticipamos que las cursivas que se introducirán en las líneas siguientes nos corresponden):

- Artículo 26, *pacta sunt servanda y bona fide*, lo que se traduce en que “todo tratado en vigor *obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.
- Artículo 31.1, en cuanto a que “un tratado deberá *interpretarse de buena fe* conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*”.
- Artículo 27, que estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, norma que se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 (CVDT),³

³ Esta solución normativa, que según se ha aseverado supuso la aprobación de dos artículos de la CVDT cuando debió ser una norma única, ha sido criticada porque no solo

en cuanto a que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (inc. 1); aclarándose en el inciso 2 que “una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.⁴

Por estas y otras razones, por vía de principio, sostenemos que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales debe ser *previo o preventivo y obligatorio*, siempre que tal modalidad de inspección constitucional esté prevista en el ordenamiento constitucional correspondiente. Ello, salvo muy puntuales excepciones, como la invocación por el Estado de alguna seria circunstancia contenida en el artículo 46 de la CVDT.

Obviamente, existen controles previos de compatibilidad constitucional durante el trámite de aprobación y ratificación de tales instrumentos internacionales en los correspondientes espacios de incumbencia del poder legislativo y el poder ejecutivo. Se trata de controles políticos, que si bien son respetables, no es precisamente la tipología fiscalizadora la que nos preocupa y ocupa en esta ocasión, es decir, aquella llevada adelante de una manera *previa y mandatoria* por los respectivos órganos jurisdiccionales competentes pertenecientes al poder judicial o bien por los tribunales, cortes o salas constitucionales formalmente insertos en la rama judicial o articulados por fuera de dicha estructura.

ambos tratan sobre un mismo tema, sino que el artículo 27 plantea un problema cuya solución está en el artículo 46 (Ernesto de la Guardia, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, p. 196).

⁴ Esta última premisa ya contaba con gran predicamento de la doctrina y la jurisprudencia. Nótese que, por ejemplo, Alfred Verdross señalaba que “ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídico-internacional invocando su derecho interno” (énfasis agregado) (Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, 4ª. ed. alemana en colaboración con Karl Zemanek, 5ª. ed. española, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974, p. 66). El aludido autor cita, por ejemplo, al Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) en el Asunto de las Zonas Francas, A/B, 46 (1932), 167: “France cannot rely on her own legislation to limit the scope of her international obligations”, y en el Asunto de los súbditos polacos en Danzig, A/B, 44 (1932), 24: “A State cannot adduce as against another State its own constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law” (*ibid.*, n. 12). Verdross sostuvo que lo afirmado “vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al derecho internacional” (énfasis agregado), apoyándose en sentencias arbitrales en los asuntos Montijo, de 26 de julio de 1875 (Moore: *Arb.*, 1440) y G. Pinson, de 19 de octubre de 1928, R.S.A., V (1952), 393 (*ibid.*, n. 11).

2. Apuntes referidos a algunos países que optan por el control posterior de constitucionalidad de los tratados internacionales

2.1. Preliminar

Las limitaciones de espacio y el propio objetivo de esta indagación impiden profundizar en este muestreo, que será meramente ilustrativo y necesariamente incompleto. Si bien el propósito central de este trabajo es enfocar algunos países que de uno u otro modo han positivado constitucionalmente o habilitado por vía jurisprudencial vertientes de *control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales*, es también necesario aludir a otros Estados latinoamericanos que han escogido el sistema de *control posterior o represivo de tales instrumentos internacionales*.

2.2. El particular caso de Argentina

2.2.1. Históricamente, Argentina diseñó en el orden federal un sistema de control de constitucionalidad *jurisdiccional; difuso; represivo, sancionatorio o posterior; con efectos ceñidos al caso concreto e inter partes*, excepción hecha de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), cuyos pronunciamientos pueden generar efectos exógenos, es decir, fuera y más allá del pleito particular en el que el máximo tribunal se pronuncia. En esa línea, este puede controlar *tanto productos normativos (leyes, decretos, etc.) como omisiones inconstitucionales (preterición de cumplimiento de mandatos contenidos en la ley básica)*, y dicho análisis constitucional se materializa *a pedido de parte o de oficio*. Lo anterior implica que no es viable el control jurisdiccional *preventivo* de constitucionalidad de normas.⁵

⁵ Como dato informativo, una propuesta de implementación de la fiscalización (parlamentaria) preventiva de los tratados internacionales en Argentina fue desarrollada por Antonio Castagno, quien reclamaba una reforma constitucional para “incorporar el control parlamentario previo sobre los tratados internacionales, sin alterar el espíritu de la Constitución; pero adecuando dichas normas al derecho internacional adoptado por diversas constituciones del mundo” (Antonio Castagno, *Control preventivo de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 113). Su idea consistía en modificar los artículos constitucionales 99 (inc. 11) y 75 (inc. 22, párr. 1). Concretamente en la primera de las normas citadas, a la facultad del presidente de la nación de concluir y firmar tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, añadía la exigencia del *control y consentimiento previo del Congreso* con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Planteaba asimismo la facultad de las cámaras de *proponer enmiendas y reformas al texto remitido en consulta por el Poder Ejecutivo* y solicitar las opiniones e informes a los organismos públicos y privados y a las autoridades que consideraran pertinentes (*ibid.*, pp. 113-114). Tal proposición de innovación constitucional no fue receptada.

Tal vez sea sobreabundante indicar que la fiscalización constitucional en nuestro país reconoce génesis pretoriana. Ello se verificó en varios fallos de la CSJN (que se instaló formalmente el 15 de enero de 1863), por ejemplo, en los casos Sojo, Eduardo s/ *Habeas corpus*,⁶ Municipalidad de la Capital c/ Elortondo⁷ y otros pronunciamientos posteriores, que siguieron la doctrina de *Marbury vs. Madison*, que adoptó el control *difuso* de constitucionalidad, que rige en la actualidad, con matizaciones, *aggiornamenti* y adecuaciones.

Si bien el texto histórico de la Constitución Nacional (CN) no definió ni articuló el sistema de control de constitucionalidad, se considera que este tiene matriz constitucional, la que antes de la última reforma (de 1994) podía derivarse de la cláusula de supremacía de la propia carta básica, estipulada en el artículo 31; y de la competencia de la CSJN para entender en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (hoy art. 116, CN).

Ya por medio de la innovación constitucional de 1994, es decir, en un momento en que el esquema de control constitucional llevaba varias décadas de funcionamiento, se incorpora el nuevo artículo 43, en cuya parte final del párrafo 1 aloja una alusión expresa a semejante posibilidad fiscalizadora de constitucionalidad, cuando establece que el juez del amparo *podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*.

En suma, y a diferencia de otras constituciones latinoamericanas, la Ley Fundamental argentina no contiene un cuadro detallado y sistematizado de las pautas, perfiles y alcances del control de constitucionalidad, el que –más allá de lo mencionado en torno a ciertas alusiones e inferencias a su respecto en la CN– en realidad ha sido primariamente bosquejado en la Ley Nacional 48⁸ (recurso extraordinario federal –REF–) y en la Ley Nacional 27,⁹ además del paulatino desarrollo jurisprudencial que le ha dedicado la CSJN (dando vida jurisprudencialmente, v. gr., a las causales de arbitrariedad de sentencia y a la doctrina de la gravedad institucional en materia de REF) y de ciertas prescripciones que ofrece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN).

Respecto de este último ítem se observa, por ejemplo, que mediante la Ley Nacional 23.774¹⁰ se instauró el *writ of certiorari* (aunque con un sentido distinto del empleado por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América), que recibe albergue en el párrafo 1 del artículo 280 del CPCCN, instituto que le permite a la Corte, *según su sana discreción* y con la sola invocación de esa norma, rechazar el REF por *falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia*. Finalmente, por conducto de la Ley

⁶ Fallos, 32:120 de 22 de septiembre de 1887.

⁷ Fallos, 33:162 de 14 de junio de 1888.

⁸ De 1863, publicada en R.N., 1863-1869, p. 49.

⁹ De 1862, publicada en R.N., 1857-1862, p. 496.

¹⁰ *Boletín Oficial*, 16 de abril de 1990.

Nacional 26.790¹¹ se ha instituido el REF por “salto de instancia” (*per saltum*). De acuerdo con el artículo 257 bis del CPCCN, procederá ante la CSJN prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que contienen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Se ha determinado que existirá *gravedad institucional* en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, con proyección sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la CN y los tratados internacionales a los que esta les hubiese acordado vigor constitucional.

2.2.2. La última modificación constitucional ha producido cambios cuantitativa y cualitativamente relevantes. Entre otras numerosas cuestiones, en el artículo 75 (inc. 22, párr. 1) se ha establecido que –aprobación del Congreso mediante– los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, así como los concordatos con la Santa Sede, *tienen jerarquía superior a las leyes*. En otras palabras, ostentan valencia *supralegal, pero infraconstitucional*.

De su lado, debe recalarse que se ha atribuido *jerarquía constitucional originaria* a 11 instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2) por parte de la Convención Constituyente que diera vida a la citada innovación constitucional, y se han agregado posteriormente a tal nómina (hasta el presente –2019–) tres documentos internacionales sobre la misma área temática a los que el Congreso de la Nación les acordó jerarquía constitucional *derivada* (art. 75, inc. 22, párr. 3).

Poseen *jerarquía constitucional originaria*, es decir, otorgada directamente por la Convención Constituyente que llevó a cabo la reforma constitucional de 1994: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ostentan *magnitud constitucional derivada*, o sea, otorgada por el Congreso de la nación a partir de la habilitación que la Convención Constituyente de 1994 hiciera

¹¹ *Boletín Oficial*, 4 de diciembre de 2012.

a favor de ese cuerpo, en los términos del último párrafo del artículo 75, inciso 22, CN: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nacional 24.820;¹² la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, a la que se le ha conferido esa valía mediante la Ley Nacional 25.778;¹³ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a la que se le ha otorgado semejante magnitud por la Ley Nacional 27.044.¹⁴

Para Bidart Campos, el propio artículo 75, inciso 22, CN: 1) inviste directamente de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente, y 2) prevé, además, que mediante un procedimiento especial otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también esa jerarquía constitucional. Advierte asimismo que tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución y quedan fuera de él, *en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con la Constitución su misma supremacía*.¹⁵

El escenario descrito evidencia la existencia de significativas cláusulas de apertura hacia el derecho internacional y la asunción por nuestro país –al menos teóricamente– de un intenso compromiso jurídico, institucional y axiológico en aras de la efectiva protección y realización de los derechos esenciales. Semejante atribución de cotización constitucional ha provocado, además, la expansión cuantitativa y cualitativa del elenco de derechos implícitos y explícitos y el robustecimiento del principio *pro persona*.

2.2.3. La atribución de jerarquía constitucional (originaria o derivada, según corresponda) a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos es en las condiciones de su vigencia, es decir, tal como rige internacionalmente, los cuales no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Dicho en otros términos, los documentos internacionales jerarquizados constitucionalmente *valen* tanto como la Constitución y hacen parte del bloque de constitucionalidad federal.

Ahora, ¿qué sucedería en caso de colisión entre normas de la Constitución y de un tratado internacional con jerarquía constitucional? En principio, habría que procurar armonizar los preceptos en tensión y, en caso de no ser ello posible, debería hacerse operativa la solución que se presente como más conveniente y consistente con el principio *pro persona*, sea que provenga de fuente interna o de fuente internacional.

Con puntos de contacto con la temática que abordamos, aludiremos a un fallo de la CSJN proferido el 26 de septiembre de 1996 *in re* Monges, Analía M. c/ UBA

¹² *Boletín Oficial*, mayo de 1997.

¹³ *Boletín Oficial*, 3 de septiembre de 2003.

¹⁴ *Boletín Oficial*, 22 de diciembre de 2014.

¹⁵ Germán Bidart, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 342.

- Resolución 2.314 de 1995.¹⁶ En tal pronunciamiento, en el punto que nos interesa particularmente aquí, la mayoría de la Corte (ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López) expresó:

- El artículo 75, inciso 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados, establece, en su última parte, que aquellos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. *Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir* (consid. 20).
- *De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente.* En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (consid. 21).
- *Los tratados, de tal modo, complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías y lo mismo cabe predicar de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente* (consid. 22).¹⁷

2.2.4. Sentado lo anterior, cabe reiterar que se encuentra vedado el control judicial preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales. Tanto en el Poder

¹⁶ *Fallos*, 319:3148. La configuración de las diversas posiciones fue la siguiente: constituyeron la mayoría los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano y López; por su voto, se pronunció el juez Vázquez; mientras que en sendas disidencias se manifestaron los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert.

¹⁷ Argumentos similares a los que constan en el texto principal (correspondientes al caso Monges) fueron sostenidos por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López en el Caso Chocobar, Sixto Celestino c/ INPS - Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ Reajustes por Movilidad, resuelto por la CSJN el 27 de diciembre de 1996 (*Fallos*, 319:3241). La moción mayoritaria correspondió a los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López, con sendos votos de los jueces Boggiano y Vázquez y la disidencia conjunta de los ministros Belluscio, Petracchi y Bossert. De igual manera se observan los respectivos votos de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor en el caso Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12, dirimido por la CSJN el 16 de abril de 1998 (*Fallos*, 321:885). La mayoría se integró con los ministros Petracchi, López y Bossert, con sendos votos de los magistrados Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Boggiano y Vázquez y la disidencia del ministro Belluscio.

Ejecutivo como en el Legislativo (que intervienen, cada cual según su competencia, en el procedimiento de celebración del instrumento internacional), se practican ciertos *controles previos* a firmar o aprobar los tratados internacionales, pero fuera de ello, en principio, no existe la posibilidad de efectuar un examen constitucional material o procedimental preventivo del documento en cuestión por parte del Poder Judicial.

Ahondando en lo anunciado en el párrafo anterior, acogen competencia para participar en el procedimiento el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo (Congreso). En los términos del artículo 99 (inc. 11, CN), el primero “*concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules*”. Mientras que, conforme al artículo 75 (inc. 22, párr. 1), corresponde al Congreso “*aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede*” (énfasis agregado).

2.2.5. Si bien no es pacífica la doctrina nacional, en tanto parte de ella considera viable el control de constitucionalidad *posterior o sucesivo* de los convenios internacionales, nuestra percepción del problema nos conduce a decantarnos por la improcedencia de semejante operación ulterior fiscalizadora de constitucionalidad de un tratado internacional válidamente acogido por el derecho interno.

Es que la inspección constitucional represiva no pareciera casar fácilmente con principios cardinales del derecho internacional. Así, semejante supervisión constitucional podría entrañar una vulneración, *inter alia*, de principios cardinales como los contenidos en los artículos 26 y 27 de la CVDT, ya que *suo tempore* el Estado argentino, de manera libre y soberana, estuvo en condiciones jurídicas de decidir si suscribir o no el instrumento internacional, reconocer la existencia de disposiciones contrarias a la CN, formular reservas y/o declaraciones interpretativas, reformar la Constitución e incluso desistir de participar de tal fuente jurídica internacional. Pero una vez aprobado y ratificado debidamente el documento internacional por los órganos competentes al efecto, no resulta fácilmente entendible que se pueda declarar la inconstitucionalidad de disposiciones del mismo, dado que ello podría traer consigo la responsabilidad internacional del Estado.

Por supuesto, el Estado, en la medida en que cumpla las condiciones internacionalmente estatuidas, tiene a su alcance vías idóneas que, v. gr., le permiten *denunciar un tratado o retirarse de él*.¹⁸

¹⁸ Incluso si el tratado no contiene disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro, el artículo 56, CVDT, estipula: “1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del

De conformidad con el artículo 42, CVDT, la validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la nombrada Convención (inc. 1). En esa línea, la terminación de un tratado, *su denuncia o el retiro de una parte* no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la CVDT (inc. 2). Según el artículo 43, la nulidad, terminación o *denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes* o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la CVDT o de las disposiciones del tratado, *no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional, independientemente de ese tratado*. En los términos del artículo 44, inciso 1, el derecho de una parte, previsto en un tratado o emanado del artículo 56, *a denunciar ese tratado, retirarse de él* o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que este disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

2.2.6. Para sintetizar la cuestión examinada, y agregar otros ingredientes aledaños a ella, podría decirse que:

- En Argentina el tratado internacional es un *acto federal complejo* en cuyo proceso de celebración o, en su caso, de adhesión intervienen el *Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo*. Para dar operatividad y vigencia jurídicas a un convenio internacional, el Ejecutivo lo concluye y firma, el Legislativo lo desecha o aprueba y, a su tiempo, lo retoma el Ejecutivo para ratificarlo emitiendo un acto federal de autoridad nacional.
- Formalmente, no está positivizado en el ordenamiento argentino el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales, lo cual parece más propio de los sistemas concentrados (incluso mixtos) de fiscalización constitucional que de los descentralizados o difusos como el adoptado por Argentina.
- Pese a que la cuestión no es lineal en la doctrina argentina, pensamos que no resulta posible desplegar el control constitucional *posterior o sucesivo* de los tratados internacionales válidamente acogidos por el derecho interno, desde que ello sería incompatible *vis-à-vis* con principios troncales del derecho internacional (arts. 26 y 27, CVDT), estando al alcance del Estado concernido la posibilidad de recurrir a las vías existentes en el campo internacional, por ejemplo, *denunciar el tratado o retirarse de él*.
- No es viable la fiscalización constitucional de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, ya originaria, ya derivada.

tratado. 2. Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1”.

- La parte inicial del artículo 75, inciso 22, CN, instauro –como se advertía– el principio de que los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior a las leyes*, con lo cual una ley podría ser abrogada por vía de un tratado posterior, mas un tratado no podría ser modificado por una ley posterior. Entre otras cosas, debe recordarse que tratado y ley son fuentes jurídicas diversas.
- Por su parte, el artículo 75, inciso 24, CN, acuerda al Congreso la atribución de 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. Entendemos que semejantes *tratados están dotados de jerarquía supralegal*.
- Sin perjuicio de que el artículo 27 constitucional establezca que los tratados internacionales deben subordinarse a la Ley Fundamental conformándose a los principios de derecho público establecidos por esta, no puede soslayarse la muy significativa magnitud de los ya citados postulados de la CVDT, que además del *pacta sunt servanda (bona fide)* –o sea que *los pactos deben ser cumplidos de buena fe*, premisa instaurada en el artículo 26–, contiene otras prescripciones importantes, como el artículo 31.1 en torno a la interpretación de acuerdo con el objeto y el fin del tratado correspondiente, y, por supuesto, el capital artículo 27 que estipula que un Estado parte en un tratado *no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado*.
- Cabe aclarar que el citado artículo 27, CVDT, debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. Resumiendo al máximo el tema, si en los términos de esta última norma la vulneración es manifiesta y afecta a una disposición fundamental del derecho doméstico, el artículo 27 cede ante ella.
- Es propio de cada ordenamiento constitucional seleccionar la opción que prefiera en lo referente a su sistema de fuentes del derecho y, por tanto, en la concepción relativa a la posición e inserción de las normas de producción internacional en el esquema interno.¹⁹ Sin embargo, en principio, nuestro país no podría (válidamente) negarse a cumplir un tratado internacional invocando su pretendida *anticonstitucionalidad*, salvo que alegara y probara

¹⁹ Se ha explicado que el *derecho internacional general* nada establece sobre el contenido de los derechos estatales respecto a las relaciones entre cada uno de estos y aquel. En otras palabras, apunta a que no es internacionalmente obligatorio que los Estados organicen, de acuerdo con alguna solución jurídicamente determinada, las relaciones entre su derecho interno y el internacional, ni que cada ordenamiento estatal contenga un principio o norma según el cual en su seno las normas internacionalmente obligatorias para el Estado –sean consuetudinarias, convencionales u otras– tendrán primacía sobre sus normas internas contrarias. Sin perjuicio de ello, advierte que, en la práctica, la mayoría de los Estados regulan expresamente por lo menos algunos de tales problemas, porque en ausencia de dicha regulación correrían un riesgo muy elevado de violar el derecho internacional y, en consecuencia, de incurrir en responsabilidad internacional (Fernando M. Mariño, *Derecho internacional público. Parte general*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1995, p. 509).

de manera adecuada la convergencia de un *vicio competencial ostensible* en su celebración en el marco del artículo 46 de la CVDT.

- Más allá del deber ser, en el plano fáctico el Estado podría intentar desembarazarse del cumplimiento de la obligación internacional en cuestión desoyendo las pautas de la CVDT, pero, como es obvio, irremediamente caería en responsabilidad internacional.
- Al derecho internacional le importa y preocupa que, en caso de desobediencia del tratado, el Estado afronte su responsabilidad, cualquiera que sea el sitio específico dentro de su espacio de incumbencia en el que acaeció la violación al derecho internacional, dado que no puede invocar válidamente su derecho interno ni su tipología de configuración política e institucional para dejar de cumplir los compromisos asumidos internacionalmente.
- Al hilo de lo anterior, sucede que, por ejemplo en materia de derechos humanos, en no pocas ocasiones los Estados han intentado escapar de su responsabilidad internacional acudiendo a la cláusula federal contenida en el artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), basándose en que la violación de derechos humanos se produjo en una provincia, entidad federativa, estado o entes subnacionales, según la terminología que en el respectivo país se hubiera adoptado para designarlos. Solo por citar un asunto, en la sentencia de reparaciones y costas emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, consta que el Estado invocó la cláusula federal o hizo referencia a la estructura federal en *tres momentos de la controversia*, uno de los cuales fue al discutir el fondo del asunto, donde sostuvo que la responsabilidad del caso no recaía en él, sino en la provincia de Mendoza, en virtud de la cláusula federal, aunque luego desistió y reconoció expresamente su responsabilidad internacional.²⁰ El tema es claro, pues, como se sabe, la responsabilidad internacional le corresponde única y exclusivamente al Estado nacional o federal, por ser el *sujeto de derecho internacional*, ya que las unidades que lo componen no lo son. En suma, en el aludido asunto la Corte IDH “recordó” que, según una jurisprudencia centenaria y que no había variado hasta ese momento, “*un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional*”²¹ (énfasis agregado).

²⁰ Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, núm. 39, párr. 45.

²¹ Para sustentar tal afirmación, la Corte IDH efectúa la siguiente cita: “Sentencia arbitral de 26.VII.1875 en el Caso del Montijo, La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, París, 1954, t. III, p. 675; decisión de la Comisión de reclamaciones franco-mexicana del 7.VI.1929 en el caso de la sucesión de Hyacinthe Pellat, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 536” (Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 46). Sobre la cláusula federal, véase para ampliar: Víctor Bazán, “Cláusula federal y protección de derechos humanos”, *La Ley*, 1 de octubre de 2018, pp. 1-5 [*La Ley*, t. 2018-E].

2.3. Ejemplos de consagración de la modalidad fiscalizadora posterior o represiva de los tratados internacionales

2.3.1. Perú

En Perú, el control de constitucionalidad de las leyes desde el punto de vista estrictamente jurisdiccional (art. 202, inc. 1, CN), lo efectúa el Tribunal Constitucional (TC). De conformidad con el artículo 118, inciso 11 (CN), es competencia del presidente de la República dirigir la política exterior del Estado, las relaciones internacionales y celebrar y ratificar tratados. Semejante faena comprende no solo la de establecer sus lineamientos generales, sino también la de ejecutarlos del modo más adecuado y conveniente para los intereses del país, lo que abarca el ejercicio de la competencia constitucional de aprobar y ratificar acuerdos internacionales con otros Estados soberanos u organismos internacionales.²²

El artículo 201 constitucional, párrafo primero, establece que el TC *es el órgano de control de la Constitución*, añadiendo que, en virtud del artículo 202, párrafo primero (CN), le corresponde conocer, en instancia única, la *acción de inconstitucionalidad* (a lo que debe añadirse lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 200 constitucional). Dicha acción procede contra las normas que tienen rango de ley, entre ellas, los *tratados*, que si bien en general tienen una ubicación jerárquica que les proporciona categoría legal, existen voces que propugnan su primacía frente a la ley. Por su parte, concurren dos modalidades de tratados con *rango constitucional*: los que exigen ser aprobados mediante el procedimiento de reforma de la Constitución y los tratados de derechos humanos, aunque en principio se encuentran subordinados a tal Ley Fundamental.

Por su parte, la extensión del control de los tratados a cargo del TC comprende tanto su evaluación con las disposiciones materiales de la Constitución, como la observancia de los límites formales que ella y el bloque de constitucionalidad establezcan. El Tribunal expresa que un control con tales alcances –y, en particular, cuando se cuestiona la transgresión de límites formales– puede incidir sobre aspectos realizados en el proceso mismo de la negociación, aprobación o ratificación de un tratado. Pero declara también que ello está supeditado a que exista una infracción constitucionalmente relevante. Y, sea cual fuera el caso, un control de esa naturaleza habrá de realizarse siempre *a posteriori* y con base en motivos concretos, por lo que quienes cuestionan la existencia de vicios que la invaliden tienen el deber de identificar las reglas o principios constitucionales que habrían sido infringidos, exponer los argumentos que los sustentan y alcanzar al Tribunal los medios de prueba que correspondan.²³

²² Cfr. Expediente 000021-2010-AI/TC, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 30 congresistas de la República contra el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China, Sentencia del Pleno Jurisdiccional del TC, proferida el 20 de marzo de 2012, fundamento 7.

²³ *Ibid.*, fundamento 8.

Si bien en la dimensión doctrinaria algunas voces han postulado la instauración de una vertiente jurisdiccional preventiva de control de constitucionalidad de los tratados internacionales, tal modalidad no se aplica en ese país, ni sobre los instrumentos internacionales ni respecto de cualquier otra norma de rango legal. El modelo de fiscalización constitucional ha sido *a posteriori* o *represivo*, al menos en la vigente Constitución de 1993 tanto como en la anterior Constitución sancionada en 1979, lo que no impide que en el futuro puedan aparecer modificaciones al respecto en función de la voluntad política imperante en el momento correspondiente.

Una particularidad es que el control de constitucionalidad de los tratados internacionales tiene un periodo bastante reducido para ser articulado por vía de la *acción de inconstitucionalidad*: que es de solo seis (6) meses, a diferencia, en general, del resto de normas impugnables, cuyo plazo es de seis (6) años a partir de su publicación, de acuerdo con el artículo 100 del Código Procesal Constitucional.²⁴ Esta última disposición dice, a la letra:

La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, *salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses*. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. (Énfasis agregado)

La fiscalización de constitucionalidad de los tratados internacionales se ejerce mediante la citada acción de inconstitucionalidad cuando el instrumento en cuestión ha entrado en vigencia, esto es, cuando se han seguido los procedimientos establecidos en el propio tratado y las partes suscribientes los han cumplido cabalmente.²⁵

Todo lo anterior se refiere formal y mayoritariamente al control jurisdiccional de constitucionalidad de los tratados internacionales. No obstante, ello no impide que el Congreso de la República, durante el periodo en que los tratados son aprobados, pueda realizar una suerte de *control preliminar de los mismos*, ya que si durante dicha fase detecta que un tratado afecta una disposición constitucional, podría optar por cualquiera de las siguientes dos posibilidades: 1) desecha la idea de seguir negociando el tratado (precisamente por ser inconstitucional) o 2) lo aprueba, pero siguiendo

²⁴ Aprobado por Ley 28.237, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004. Regula los *procesos constitucionales* –la Constitución habla de *acciones*– de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202, inc. 3, de la Constitución (cfr. art. I, Título Preliminar). Tras un periodo de *vacatio legis* de 6 meses, el mencionado cuerpo normativo entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004. Algunas consideraciones sobre el citado código pueden verse en Víctor Bazán, “Prólogo”, en Walter A. Díaz, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª. ed., Lima, Ediciones Legales, 2010, pp. XIX-XXV. Naturalmente, es muy conveniente compulsar el documentado texto del autor de dicho libro.

²⁵ Cfr. lo expresado por el profesor peruano César Landa Arroyo en unas líneas que sobre el tema nos enviara a los fines de la confección de este artículo.

para ello el mismo procedimiento aplicable al proceso de reforma constitucional (art. 57, párr. 2, CN). Como puede suponerse, este último control no es, en rigor, jurisdiccional, sino básicamente político.²⁶

Es conveniente mencionar que el TC peruano es competente para realizar, a pedido de parte, el control constitucional de los tratados internacionales, de conformidad con los artículos 200, inciso 4, y 202, inciso 1. Como lo advirtiera el TC, semejante control de constitucionalidad es factible de ser realizado por cuanto, de conformidad con el artículo 55 constitucional, “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Sobre esa base, puede indicarse que

... a diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano.²⁷

El TC también ha anotado que el tratado internacional tiene

... algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (por ejemplo, las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –negociación, aprobación y ratificación–) se rige por el derecho internacional público.²⁸

Vale evocar que, como anticipábamos y en los términos del artículo 57 de la Constitución, el presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo 56. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de este.

En mérito del artículo 56 constitucional, los tratados deben ser aprobados por el Congreso *antes de su ratificación por el presidente de la República*, siempre que

²⁶ Cfr. lo expresado por el jurista peruano Luis Sáenz Dávalos en una opinión que nos remitiera para el presente trabajo.

²⁷ Cfr. Sentencia 00047-2004-AI/TC, fundamento 19.

²⁸ *Idem*.

versen sobre las siguientes materias: 1) derechos humanos; 2) soberanía, dominio o integridad del Estado; 3) defensa nacional; y 4) obligaciones financieras del Estado. Por su parte, deben igualmente ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos, los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

A simple modo referencial, pero para captar un tanto mejor la mecánica del control posterior por el TC, citamos:

1. La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 40 congresistas de la República²⁹ contra el Acuerdo de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, que modifica y sustituye el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) núm. 38, sus anexos, apéndices, protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscriptos a su amparo.³⁰ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del TC que dirimió el proceso de inconstitucionalidad fue dictada el 5 de febrero de 2010. En tales actuaciones, el TC dispuso:³¹
 - Declarar *infundada la demanda de inconstitucionalidad* del citado Acuerdo, que modifica y sustituye el ACE 38, sus Anexos, Apéndices, Protocolos y demás instrumentos que hayan sido suscriptos a su amparo.
 - Interpretar que el artículo 2.2 del acuerdo sobre la delimitación territorial, para fines del acuerdo comercial, *no es inconstitucional*, siempre que se interprete el concepto de “territorio continental, las islas, los espacios marítimos y el espacio aéreo bajo su soberanía” de conformidad con el artículo 54 de la Constitución; es decir, que se asuma que la soberanía y jurisdicción que le compete al Estado peruano abarca al dominio marítimo que ejerce sobre las doscientas millas marinas adyacentes a sus costas, como parte del espacio territorial en el que se aplicará dicho tratado.
 - Interpretar que el literal *a* del artículo 11.10 del Acuerdo *no es inconstitucional*, siempre que se incorpore a la seguridad nacional como un supuesto

²⁹ Expediente 00002-2009-PI/TC.

³⁰ Tal Acuerdo fue ratificado por el presidente de la República por Decreto Supremo 057-2006-RE, publicado el 26 de agosto de 2006 en *El Peruano* y enmendado mediante el Decreto Supremo 052-2008-RE, publicado el 21 de noviembre de 2008 en dicho diario oficial y que entró en vigencia a partir del 1 de marzo de 2009, mediante Decreto Supremo 10-2009-Mincetur, expedido el 21 de febrero de 2009 y publicado en *El Peruano* el 22 de febrero de 2009.

³¹ Votaron coincidentemente los magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Álvarez Miranda y Eto Cruz. Este último magistrado, si bien concurrió con la mayoría, efectuó algunas consideraciones relativas a la conveniencia de modificar la Constitución abandonando la tipología de control constitucional de los tratados internacionales *ex post*, para convertirse en un control *ex ante*. Es decir, que se exigiese que el control sea efectuado previamente a que el Estado peruano ratifique el tratado. De esta manera, dicho escrutinio evitaría la celebración de tratados incompatibles con la Norma Fundamental y, por consiguiente, cualquier tipo de responsabilidad internacional futura.

jurídico más de expropiación, dentro de la causal de “propósito público” señalada en el artículo 70 de la Constitución.

- Exhortar al Poder Ejecutivo para que someta a consulta de las Comisiones de Constitución y Reglamento y de Relaciones Exteriores del Congreso el texto de los tratados internacionales ejecutivos que proyecte celebrar o ratificar, a fin de que ellas los estudien, sin que la opinión de las citadas comisiones condicione al Poder Ejecutivo, como determina el artículo 89 del Reglamento del Congreso.
 - Declarar *infundada la demanda de inconstitucionalidad* en lo demás que contiene.
2. La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 30 congresistas de la República contra el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China.³² La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del TC que dilucidó el proceso de inconstitucionalidad fue expedida el 20 de marzo de 2012.³³ El fallo formuló algunas consideraciones y fundamentos jurídicos interesantes, algunos de los cuales fueron mencionados *supra*. En definitiva, el TC declaró *infundada* la demanda de inconstitucionalidad contra aquel tratado.

2.3.2. México

México no cuenta con *control previo en sede jurisdiccional*, sino solo con la modalidad *represiva*. Sí se configura, al igual que en los casos argentino y peruano, una especie *sui generis* de *control preventivo, pero en sede política*, puesto que los tratados internacionales son celebrados por el Poder Ejecutivo y ratificados *por el Senado*.³⁴ Se impone la siguiente pregunta: ¿por qué razón participa únicamente el Senado en la aprobación de los tratados internacionales? Andrade Sánchez explica que ello obedece a razones históricas y teóricas. Dice que la Constitución de 1824 se acogía a la lógica de la necesaria interacción de los poderes para la firma de tratados, de modo que el Ejecutivo negociaba sus términos, pero las dos cámaras del Legislativo debían aprobarlo para garantizar así la participación integral de los órganos que ejercen la soberanía nacional. Luego, al suprimirse el Senado en la Constitución de 1857 para reinstaurarlo en 1874, ello dio lugar a una redistribución de funciones entre ambas cámaras. En el periodo en que operó solo una cámara (diputados), esta se encargaba de resolver las cuestiones presupuestarias y de aprobar los tratados. Por tanto, el poder de aprobar el presupuesto no fue cedido por los diputados, pero en

³² Expediente 000021-2010-AI/TC.

³³ Se pronunciaron coincidentemente los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz.

³⁴ Cfr. la opinión que al respecto nos acercara el profesor mexicano Giovanni Figueroa.

cambio *se admitió transferir en exclusiva al Senado la aprobación de los instrumentos internacionales*.³⁵

Desde otro ángulo, a través de *controversias constitucionales* (conflictos de invasión de competencia) y de *acciones de inconstitucionalidad* (control abstracto), sí se puede controlar la constitucionalidad de los tratados, pero solamente de modo *represivo o posterior y con potencial declaración de invalidez*.

En otras palabras, las acciones de inconstitucionalidad (art. 105, CN) presentan virtualidad para impugnar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la constitucionalidad de un tratado internacional (o de una parte de él) que ya se encuentra en vigencia. La legitimación para hacerlo recae en un 33% de los componentes del Senado de la nación; la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Si la SCJN lo declarara total o parcialmente inconstitucional, correspondería proceder a *denunciar* el tratado anticonstitucional o bien *renegociarlo* para convertirlo en compatible con la Ley Fundamental, lo que podría configurarse por medio de la admisión de una reserva o declaración interpretativa por parte de los restantes suscriptores del instrumento internacional en cuestión.

En suma, la SCJN puede controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales por medio de *acción de inconstitucionalidad*. Los restantes jueces federales, jueces de distrito y tribunales colegiados de circuito también están facultados, pero han de hacerlo mediante *juicio de amparo*. Respecto a los jueces locales (o sea, los de las entidades federativas), en la medida en que tengan que aplicar un tratado y este resulte inconstitucional, deberían proceder a realizar interpretación conforme y, en caso de no ser posible, eventualmente inaplicar el tratado. Ya en materia de amparo, la impugnación contra tratados internacionales debería hacerse mediante *amparo indirecto* ante los jueces de distrito, y los efectos son particulares, es decir, que solo se dejarían de aplicar al caso concreto. Ya en *amparo directo*, es decir, ante un tribunal colegiado, en teoría podría ser posible que el colegiado inaplique un tratado internacional realizando una suerte de control difuso (en este tipo de amparo se impugnan decisiones de tribunales superiores, normalmente de los Estados, es decir que la impugnación del tratado no es el objeto de la *litis*); sin embargo la SCJN ha emitido una tesis según la cual los tribunales colegiados de circuito no pueden realizar “control difuso” sobre las normas aplicadas en el juicio de origen (por ejemplo, el asunto familiar o comercial local), por lo que *no es factible que se pueda inaplicar un tratado internacional por la vía del amparo directo*.³⁶

Más allá de la situación de *lege lata* existente en México, no pocas voces se levantan en contra de la modalidad de control de constitucionalidad exclusivamente

³⁵ Eduardo Andrade, “La necesidad de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, pp. 590-591.

³⁶ Cfr. explicación proporcionada por el profesor Juan Manuel Acuña.

represiva que prevé el sistema jurídico de ese país, para propiciar de *lege ferenda* la institucionalización de la fiscalización previa o preventiva de constitucionalidad de los tratados internacionales. Cabe advertir que la mayoría de las opiniones en ese sentido que colacionaremos aquí son anteriores a la muy importante reforma en materia de derechos humanos que en 2011 se efectuara a la centenaria Constitución de 1917.

Así, a modo de ejemplo, Roa Ortiz propiciaba una reforma constitucional que incida en la creación *ex novo* de un mecanismo de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, lo que –a su criterio y entre otras finalidades– perfeccionaría el régimen normativo de protección y salvaguarda de la Constitución y evitaría la vinculación jurídica de México en el ámbito internacional sin antes proceder a las reformas o modificaciones del texto constitucional para prevenir las posibles contradicciones *ad intra*.³⁷

Por su parte, Cruz Ramos dejaba en claro que venía a sumarse a los estudiosos del derecho internacional y constitucional que aprecian la necesidad de reformar el artículo 133 de la Constitución mexicana y tal vez otros preceptos de la misma, “con el objeto de que los órganos legislativos no expidan, sin que previamente se denuncie un tratado internacional, normas contrarias al mismo, y que, en el procedimiento para el perfeccionamiento de los tratados internacionales, previo a su aprobación, se analice a fondo su constitucionalidad”.³⁸

A su turno, Corzo Sosa puntualizó que el sistema de control constitucional de los tratados internacionales tal y como está previsto (*a posteriori* y con posible invalidez) presenta muchos inconvenientes, salvo que se piense que la articulación entre dos sistemas normativos que produce la Constitución (uno interno y otro externo, según el criterio que expuso el autor) estriba en la aplicación y no en la invalidez, como dice el texto constitucional, *o bien que se instaure un control constitucional preventivo, al más puro estilo francés*, el que presenta muchas ventajas, tanto políticas como jurídicas.³⁹

En posición más cauta, aunque llamando la atención sobre el particular, Ferrer Mac-Gregor juzgaba que, en tanto la jerarquía normativa de los tratados internacionales había cobrado especial relevancia en México y con mayor intensidad los referidos a los derechos humanos, resultaba oportuno comenzar a reflexionar si debía incorporarse en dicho país un *control previo de constitucionalidad de los tratados*

³⁷ Emmanuel Roa, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* [‘Justicia’], t. I, México, IIJ - UNAM, 2001, pp. 205-207.

³⁸ Jorge A. Cruz, “La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales judiciales”, en VV.AA., *El papel del derecho internacional en América*, op. cit., p. 175.

³⁹ Édgar Corzo, “Comentario al Amparo en Revisión 1.475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, p. 196, n. 22.

internacionales, es decir, juzgar sobre su constitucionalidad con anterioridad a su incorporación al derecho interno.⁴⁰

Más recientemente, ya con posterioridad a la citada innovación constitucional de 2011, Andrade Sánchez argumenta que el *control previo de constitucionalidad* permitiría la intervención del Poder Judicial con la finalidad de garantizar que las obligaciones contraídas por México resulten siempre acordes con el régimen constitucional y para evitar de esta manera la posibilidad de incumplir un tratado o convención en virtud de una declaración de inconstitucionalidad efectuada *a posteriori*, cuyos efectos no han sido analizados suficientemente por la doctrina. Entre las principales ventajas que tal autor predica del control previo por parte de la SCJN, se encuentra la especialización del órgano que la ejerce, ya que la asunción de obligaciones jurídicamente exigibles ante tribunales internacionales puede no quedar debidamente garantizada por los órganos políticos de representación, en cuyas determinaciones influyen cuestiones de negociación política que incorporan posiciones partidistas de diversa índole, así como apreciaciones coyunturales internas y externas.⁴¹

Más allá de las propuestas de innovación, por ahora el modelo de control de constitucionalidad de los tratados internacionales en México continúa siendo *posterior o represivo*.

3. Recorrido por ciertos países que, de uno u otro modo, tienen solo control preventivo o bien, paralelamente, control previo y represivo

3.1. Colombia

A diferencia de otros países, en Colombia se utiliza también la terminología de “tratado público” y “ley aprobatoria del tratado público”, para hacer referencia a los tratados internacionales, debiendo advertirse que sobre aquellos dos instrumentos (tratado y ley) recae el control de constitucionalidad. Excepcionalmente, el artículo 224 de la Constitución Política (CP) prevé un supuesto de aplicación provisional del tratado, sin que exista aún ley aprobatoria, en referencia a “los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan”. De acuerdo con los términos del artículo 241, numeral 10, de la CP, la Corte Constitucional (CC) tiene a su cargo la revisión de constitucionalidad.

De conformidad con lo definido por la propia CC, semejante control se caracteriza por ser: 1) *previo* al perfeccionamiento del tratado, pero *posterior* a la aprobación del Congreso y a la sanción presidencial; 2) *automático*, pues debe ser enviado a la CC por el presidente de la República, dentro de los seis días siguientes a la sanción

⁴⁰ Eduardo Ferrer, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, pp. 134-135.

⁴¹ Andrade, *op. cit.*, pp. 597-598.

gubernamental; 3) *integral*, ya que el análisis de constitucionalidad se realiza sobre aspectos formales y materiales de la ley y el tratado; 4) con *fuerza de cosa juzgada absoluta*; 5) es un *requisito sine qua non* para la ratificación del acuerdo; y 6) tiene una *función preventiva*, dado que su finalidad es *garantizar la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano*.⁴²

Aquella alta corte ha especificado que la revisión del aspecto formal del tratado internacional y de su ley aprobatoria comprende dos dimensiones: el análisis de la representación válida del Estado colombiano en las fases de negociación, celebración y firma del acuerdo internacional; y la plena observancia del trámite legislativo dispuesto para su ley aprobatoria. Ello así porque *las leyes aprobatorias de tratados internacionales no disponen de un procedimiento legislativo especial*, por lo que el trámite que debe seguirse es el de las leyes ordinarias, salvo por dos especiales requisitos: 1) el debate debe iniciarse en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (art. 154, CP); y 2) una vez que ha sido sancionada la ley por el presidente, deberá remitirla a la CC dentro de los seis días siguientes, para efectos de la revisión de constitucionalidad.⁴³

Entre otros aspectos, es conveniente tener en cuenta que, “*dada la naturaleza especial de las leyes aprobatorias de tratados públicos*, el legislador no puede alterar el contenido de estos introduciendo nuevas cláusulas ya que su función consiste en aprobar o improbar la totalidad del tratado. *Si el tratado es multilateral, es posible hacer declaraciones interpretativas, y, a menos que estén expresamente prohibidas, también se pueden introducir reservas que no afecten el objeto y fin del tratado*”⁴⁴ (énfasis agregados).

Queda al descubierto la imposibilidad de que la CC ejerza el control de constitucionalidad *posterior, represivo o correctivo*, es decir, articulable sobre el tratado o la ley aprobatoria una vez que aquel ha quedado perfeccionado o, para ser más claros, se patentiza la inviabilidad jurídica de que el instrumento internacional sea invalidado constitucionalmente después de su ratificación.

En dirección a ese criterio conduce una hermenéutica armonizante, *inter alia*, de los artículos constitucionales 241, numeral 10, y 9, que abordaremos rápidamente en los dos párrafos subsiguientes.

Aquella norma contiene un precepto *especial y específico* acerca de la aludida competencia fiscalizadora de la CC sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, que determina la ocasión exclusiva en la que “cualquier ciudadano

⁴² Cfr. Sentencia C-468 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero; reiterada en Sentencias C-378 de 1996, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-682 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz; C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-924 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; y, entre muchas otras, C-214 de 2017, M. S. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴³ Cfr. art. 241, num. 10, CP. Véase Sentencia C-011 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴⁴ Véase Sentencia C-576 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad”, directriz que –partiendo de la advertencia lanzada en el introito del artículo 241 en el sentido de que a aquella se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución “en los estrictos y precisos términos” de dicha norma– no podría (o no debería) quedar mediatizada en el particular por la aplicación de una cláusula *general*, como la contenida en el numeral 4 del artículo 241, para legitimar el control *ex post*.

A su tiempo, el artículo 9 aporta lo suyo en cuanto a que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan, entre otros puntos, *en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia*, algunos de los cuales no saldrían precisamente indemnes frente a la posibilidad de un control de constitucionalidad *posterior* del tratado internacional. Piénsese, por ejemplo y de conformidad con lo anticipado, en las citadas pautas *pacta sunt servanda*, buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales asumidas.

La línea analítica esbozada podría permitir una armonización del carácter intangible del derecho internacional con el debido respeto por los postulados positivados al respecto en la Constitución colombiana. La inspección constitucional que efectúa la CC –tal como adelantábamos– es *integral*, pues esta analiza los vicios de forma del trámite, como los de fondo, materiales o de contenido. El *control es automático*, ya que –según se advertía– el Gobierno está obligado a remitir para la revisión de la CC los dos textos, el tratado y la ley que lo aprueba, dentro de los seis días siguientes a la sanción presidencial conforme lo prevé el multicitado artículo 241, numeral 10, de la Constitución.⁴⁵

El anunciado *control integral* de constitucionalidad sobre los tratados internacionales abarca todos los instrumentos que los componen, en especial, sus anexos, al igual que los protocolos y las enmiendas que los mismos sufran.⁴⁶ Así lo resolvió la CC, por ejemplo, en la Sentencia C-152 de 18 de abril de 1996, donde manifiesta que

... si el tratado que se revisa, como consecuencia de las inexequibilidades que declare esta Corporación en ejercicio de su control constitucional, presenta aspectos o situaciones que deben ser complementados con nuevas cláusulas normativas para hacerlo más eficaz, les corresponde a las partes contratantes celebrar protocolos o adiciones que lo desarrollen, claro que con sujeción, por lo que hace a la República de Colombia, a los requisitos constitucionales, entre ellos la aprobación por medio de ley del Congreso y la propia revisión de la Corte Constitucional.⁴⁷

⁴⁵ Manuel Quinche, *El control de constitucionalidad*, Bogotá, Ibáñez, Universidad Javeriana, 2014, cap. IX.

⁴⁶ Alejandro Ramelli, “El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007, p. 24.

⁴⁷ Acerca de la revisión previa de la constitucionalidad de la Ley 207 de 9 de agosto 1995, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio entre la República de Colombia y la República

La Constitución vigente establece la competencia de la CC para efectuar el control sobre los tratados públicos y sus leyes aprobatorias, bajo dos modalidades:

- *Control previo, automático, integral y definitivo* de los tratados suscritos por el presidente y aprobados por el Congreso, de conformidad con la competencia fijada en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución, de acuerdo con el cual, tal como anunciábamos, la Corte debe “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”.
- *Control por vía activa*, en virtud del ejercicio de la *acción pública de inconstitucionalidad en contra de leyes aprobatorias de tratados públicos*, con base en la competencia prevista en el numeral 4 del citado artículo 241 de la Constitución, que le permite a la Corte “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimientos en su formación”.⁴⁸

Únicamente si el tratado es considerado *exequible*, el Gobierno podrá proceder a efectuar el canje de notas o la ratificación y de ese modo quedará obligado en sede internacional.

Se ha puntualizado que el control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias conlleva *efectos de cosa juzgada formal y material*, en el sentido de que en el futuro, si un ciudadano considera que alguna disposición convencional vulnera el texto fundamental o que el Congreso de la República incurrió en un vicio de procedimiento en el momento de tramitar la ley aprobatoria, no podría acudir a la vía de la acción pública de inconstitucionalidad para atacar tales violaciones a la Constitución.⁴⁹

Ramelli Arteaga (a quien corresponden las palabras contenidas en el párrafo inmediatamente anterior) introduce cuestiones conflictivas que merecen un debate profundo aunque, dentro de un subapartado al que denomina “los bemoles del control previo de constitucionalidad”, señala que

... tal consecuencia, perfectamente lógica con los postulados de la seguridad jurídica, no deja de ser preocupante si tenemos en cuenta que la Corte pudo no haber examinado una determinada contradicción, que puede, incluso, ser muy grave entre el tratado internacional y la Constitución. Con todo, queda la pregunta de saber si en estos casos se puede plantear la existencia de una

de Venezuela para la detección, recuperación y devolución de vehículos de transporte terrestre, aéreo y acuático, suscripto en Caracas el 17 de marzo de 1993” (M. P. Fabio Morón Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-152-96.htm>).

⁴⁸ Quinche, *idem*.

⁴⁹ Ramelli, *op. cit.*, pp. 23-24.

“cosa juzgada aparente” o qué sucede si la Constitución es modificada y nos hallamos ante una inconstitucionalidad sobreviniente.⁵⁰

3.2. Ecuador

En Ecuador, la tipología fiscalizadora previa y obligatoria fue establecida en la Constitución de 1998. Ello, cuando se trataba de aquellos instrumentos que requirieran la aprobación legislativa, es decir, los enumerados en el entonces artículo 161 constitucional (similar, aunque con variantes, al actual artículo 419⁵¹), o sea que se refirieran a materia territorial o de límites; que establecieran alianzas políticas o militares; que comprometieran al país en acuerdos de integración; que atribuyeran a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; que se refirieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y que contuvieran el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Esa atribución competencial se puso a cargo del extinto Tribunal Constitucional. Actualmente, esto es, según el texto constitucional vigente luego del referéndum de 28 de septiembre de 2008,⁵² el artículo 438, numeral 1, estatuye que la Corte Constitucional (CC), que sustituyó a aquel Tribunal, *emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales, con anterioridad a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.*

Para desenvolver reglamentariamente tal disposición constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁵³ (LOGJCC) ha determinado en el artículo 75, numeral 3, literal *d*, que la CC será competente para ejercer el *control abstracto de constitucionalidad de los tratados internacionales*. Asimismo, en su artículo 107 especifica que la CC intervendrá a través de los siguientes tres mecanismos: dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa, control

⁵⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁵¹ El artículo 419 de la Constitución Política establece: “La *ratificación* o denuncia de los tratados internacionales requerirá la *aprobación previa* de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético” (énfasis agregados).

⁵² Con las reformas aprobadas en el referéndum y la consulta popular de 7 de mayo de 2011 y las enmiendas constitucionales publicadas en el *Registro Oficial* 653 de 21 de diciembre de 2015.

⁵³ Publicada en el Segundo Suplemento del *Registro Oficial* 52 de 22 de octubre de 2009, derogatoria de la Ley del Control Constitucional, promulgada el 2 de julio de 1997.

constitucional previo a la aprobación legislativa y control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa. Por su parte, en el artículo 108, referido a la competencia de la CC, establece que el control constitucional de los tratados internacionales comprende la verificación de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación, y el cumplimiento del trámite legislativo respectivo.

Otras normas de la citada ley referidas a la cuestión que examinamos están contenidas en los artículos 109, sobre la resolución de la CC acerca de la necesidad de aprobación del tratado internacional en cuestión por la Asamblea Nacional; 110, en torno a los tratados susceptibles de control constitucional; 111, en punto al trámite del control constitucional de los tratados internacionales; y 112, respecto a los efectos de las sentencias y dictámenes referentes al análisis de constitucionalidad de los tratados.

Se han apuntado algunas dificultades interpretativas en relación con el tema central que afrontamos. En esa línea, se puntualizó que la Asamblea Nacional *no los ratifica*, sino que los *aprueba*, ya que aquella facultad corresponde al presidente de la República en los términos de los artículos 120, numeral 8, y 147, numeral 10, de la Constitución.⁵⁴

Para Oyarte –a quien seguimos en este punto–, dicho concepto *variaba totalmente el sistema de control preventivo*. Ello porque, si el dictamen es previo a la *ratificación* del instrumento, absolutamente todos los tratados internacionales deben recibir control *ex ante*, pues todos, previo a su entrada en vigor, deben ser ratificados por el presidente. Por su parte –siempre según el autor citado–, si el dictamen es anterior a la *aprobación* del instrumento, como ese trámite solo lo tienen los tratados que se refieren a las materias establecidas en el artículo 419 de la Constitución, no todos los instrumentos son fiscalizados en su constitucionalidad, siguiendo el esquema de la Constitución de 1998.⁵⁵ Tal conflictiva cuestión ha sido clarificada por los artículos 107, numeral 2, y 110, numeral 1, de la LOGJCC, determinándose que el control es *previo a la aprobación legislativa*.

De su lado, corresponde advertir que el artículo 112, numeral 4, abre la puerta al control de constitucionalidad *posterior*, ya que estatuye que “*cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado*, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional” (énfasis agregado).

⁵⁴ Rafael Oyarte, *Derecho constitucional*, 2ª. ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 814.

⁵⁵ *Idem*.

Según se ha afirmado, estos casos se han dado, por ejemplo, cuando la actual Constitución prohíbe el arbitraje internacional (art. 422),⁵⁶ lo que obligó a que la CC examinara y declarara inconstitucionales algunos tratados suscritos por Ecuador (comenzando con un tratado de inversiones firmado con EE.UU.), e incluso esta situación podría darse por una reforma constitucional que permita denunciar el tratado.⁵⁷

Se ha indicado que si bien existe el control represivo de tratados, no se da a la declaración de inconstitucionalidad el efecto anulatorio por el cual el Estado se pudiera apartar del cumplimiento de sus obligaciones internacionales por una manifestación unilateral, sino que debe honrar esos compromisos, pero, a la vez, deberá denunciar el instrumento para que se le ponga fin al tratado.⁵⁸

En suma, el control de constitucionalidad es *preventivo y obligatorio* en los casos que el tratado requiera aprobación legislativa; mientras que el que no la exija se somete a control *a posteriori o represivo*, con el solo efecto de obligar a su denuncia en caso de que sea inconstitucional.

3.3. República Dominicana

En República Dominicana la Constitución actualmente vigente es la proclamada por la Asamblea Nacional Revisora de 13 de junio de 2015.⁵⁹ En su artículo 185 enumera las atribuciones del Tribunal Constitucional (TC) en lo referente a su competencia para conocer en *única instancia* en determinadas hipótesis. Una de ellas, vinculada estrechamente con el objeto de este trabajo, figura en el numeral 2 de aquella cláusula constitucional y consiste en realizar el *control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo*. Semejante modalidad de *control preventivo* proviene de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010.⁶⁰ En virtud de los artículos 6 y 185, numeral 2, de la Constitución de la República (CR), y 9, 55, 56 y 57 de la Ley 137 de 2011⁶¹ Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCP), *el TC es el órgano competente para ejercer el control preventivo de constitucionalidad de los tratados internacionales*.

⁵⁶ Dicha norma, en su primer párrafo, dispone: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”. Quedan exceptuados de ello los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (segundo párrafo del artículo).

⁵⁷ Cfr. lo manifestado por el doctor Hernán Salgado Pesantes en una nota que nos hiciera llegar a los fines de la elaboración de este trabajo.

⁵⁸ Oyarte, *op. cit.*, p. 812.

⁵⁹ *Gaceta Oficial* 10.805 de 10 de julio de 2015.

⁶⁰ *Gaceta Oficial* 10.561 de 26 de enero de 2010.

⁶¹ *Gaceta Oficial* 10.622 de 15 de junio de 2011.

El presidente de la República –en cumplimiento de las disposiciones de los artículos 128, numeral 1, letra *d*, y 185, numeral 2, de la CR– debe someter los acuerdos, convenios y tratados internacionales a *control preventivo de constitucionalidad* por ante el TC, a los fines de garantizar la supremacía de la Constitución. La LOTCPC, en su artículo 55, establece el control preventivo en estos términos: “Previo a su aprobación por el Congreso Nacional, el Presidente de la República someterá los tratados internacionales suscritos al Tribunal Constitucional, a fin de que éste ejerza sobre ellos el control previo de constitucionalidad” (énfasis agregado).

Por su parte, el objetivo de ese proceso de control preventivo radica en que el TC determine, conforme el artículo 56 (LOTCPC), “la constitucionalidad o no de los tratados internacionales”, de modo que, si considerare *inconstitucional* el tratado en cuestión, “indicará sobre cuáles aspectos recae la inconstitucionalidad y las razones en que fundamenta su decisión”. El temperamento que sobre el particular adopte el TC es *vinculante* tanto para el Congreso Nacional como para el Poder Ejecutivo. A su turno, el artículo 57 (LOTCPC) especifica que si el TC concluyera en la *constitucionalidad* del tratado sometido a su consideración, esto impedirá “que, posteriormente, el mismo sea cuestionado por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró el Tribunal Constitucional”.

Conviene apuntar que la citada Ley Orgánica 137 fue modificada por la Ley 145⁶² de 4 de julio de 2011, reformándose –en lo que aquí interesa– su considerando decimotercero, que quedó redactado del siguiente modo: “Que dentro de los procedimientos constitucionales a ser regulados se encuentra el *control preventivo de los tratados internacionales*” (énfasis agregado). De ello se desprende que República Dominicana se suma a la nómina de Estados que han instrumentado el *control previo y obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales* por el TC.

La ley en cuestión contiene los siguientes lineamientos con respecto al punto temático que abordamos y que pasamos a señalar someramente:

- Previo a su aprobación por el Congreso Nacional, el presidente de la República someterá al TC los tratados internacionales suscritos, a fin de que este ejerza sobre ellos el *control previo de constitucionalidad* (art. 55).
- En cuanto al plazo, el TC decidirá sobre la constitucionalidad o no de los tratados internacionales suscritos dentro de los 30 días siguientes a su recibo. Al hacerlo, *si considerare inconstitucional el tratado en cuestión, indicará sobre cuáles aspectos recae la inconstitucionalidad y las razones en que fundamenta su decisión* (art. 56).
- Tal determinación del TC será *vinculante para el Congreso Nacional y el Poder Ejecutivo* (art. 57). Por su parte, si el tratado internacional es reputado *constitucional*, esto impide que, posteriormente, el mismo sea cuestionado

⁶² Gaceta Oficial 10.625 de 11 de julio de 2011.

por inconstitucional ante el TC o cualquier juez o tribunal por los motivos que valoró aquel órgano máximo de la justicia constitucional dominicana.⁶³

- La decisión del TC sobre el control preventivo de los tratados se *publicará por los medios oficiales del propio Tribunal* (art. 58).

De su lado, cabe evocar que el artículo 6 de la CR, relativo a la supremacía de la carta magna, establece: “Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

Sobre esta matriz normativa, en la Sentencia TC/0315 de 2015 el TC ha sentado jurisprudencia⁶⁴ que establece que

*... para asegurar esta supremacía con respecto a los convenios internacionales suscritos por el Estado, la Constitución establece el mecanismo denominado control preventivo de constitucionalidad. Este mecanismo consiste en someter a los convenios internacionales suscritos por el Poder Ejecutivo, previo a su aprobación por el Congreso Nacional, a control por parte del Tribunal Constitucional, a los fines de determinar si el convenio es conforme con la Constitución. La decisión que fruto de dicho escrutinio adopte el Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley 137-11, será vinculante tanto para el Congreso Nacional como para el Poder Ejecutivo.*⁶⁵ (Énfasis agregado)

⁶³ Cfr. párrafo del citado artículo 57.

⁶⁴ Dentro de un cúmulo de casos en los que el TC ejerció *control preventivo de constitucionalidad de tratados internacionales* se cuentan, por ejemplo: Sentencia TC/0760, dictada el 7 de diciembre de 2017, Expediente TC-02-2016-0004, acerca de la “Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores”, adoptada el 15 de julio de 1989, en Montevideo, Uruguay. Por mayoría, declaró tal Convención *no conforme con la Constitución de República Dominicana*. En sendos votos disidentes se expidieron los magistrados Ana Isabel Bonilla Hernández y Hermógenes Acosta de los Santos. Ambos propusieron declarar la referida convención conforme a la Constitución; Sentencia TC/0315 de 25 de septiembre de 2015 (a la que aludiremos *infra* en el texto principal), en el Expediente TC-02-2015-0003, en torno al “Acuerdo sobre Estatus del Personal de los Estados Unidos en la República Dominicana, intervenido entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de los Estados Unidos de América”, de 20 de enero de 2015. La totalidad de los magistrados votantes se expidió por declarar a dicho Acuerdo *no conforme con la Constitución de República Dominicana*; Sentencia TC/0014 de 14 de enero de 2014, en el Expediente TC-02-2013-0016, alusivo al “Convenio del Consejo de Ministras de la Mujer de Centroamérica (Commca)”, suscrito el 11 de agosto de 2005, en San Salvador. Los magistrados intervinientes consideraron el Convenio como *conforme con la Constitución*; Sentencia TC/0037 de 7 de septiembre de 2012, Expediente TC-02-2012-0001, relativo al “Acuerdo sobre Transporte Aéreo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana”, de 29 de noviembre de 2011. Por mayoría, se declaró tal Acuerdo *no conforme con la Constitución de República Dominicana*. Votó en disidencia el magistrado Hermógenes Acosta de los Santos, quien propuso declarar que el referido Acuerdo era conforme a la Constitución.

⁶⁵ Cfr. la citada Sentencia TC/0315 de 25 de septiembre de 2015, ap. II. “Consideraciones y fundamentos del Tribunal Constitucional”, punto 4: “Supremacía constitucional”. Referida al

El TC también ha puntualizado que

... los convenios internacionales, como fuente de derecho interno, generan derechos y obligaciones para los Estados Parte. De ahí que, *una vez que estos hayan superado el procedimiento de suscripción y aprobación constitucionalmente previsto, vinculan a los Estados Partes, quedando prohibida la invocación de normas del derecho interno para incumplir con las obligaciones estipuladas en los mismos*. De ahí que, para el cumplimiento de estas obligaciones acorde con las previsiones constitucionalmente establecidas, el *control preventivo de constitucionalidad constituye un instrumento de vital importancia en la preservación del Estado de Derecho*, donde la Constitución constituye la ley suprema.⁶⁶ (Énfasis agregado)

Además, en la nombrada Sentencia TC/0315 –donde, como vimos en nota a pie de página, declaró no conforme con la Constitución el “Acuerdo sobre Estatus del Personal de los Estados Unidos en la República Dominicana”, firmado el 20 de enero de 2015– ha sentado ciertas pautas que conviene traer a colación para tener una visión más amplia del criterio del Tribunal. Así, por ejemplo, ha manifestado:⁶⁷

- Una posición mayoritaria de la doctrina admite que *el fundamento del control preventivo persigue evitar distorsiones del ordenamiento constitucional*, con los tratados internacionales como sistema de fuentes del derecho interno y, consecuentemente, que el Estado asuma compromisos y obligaciones en el ámbito internacional contrarios a la Constitución, *lo que constituye la justificación hermenéutica del control de constitucionalidad a través del señalado mecanismo*.
- El *modelo de control previo de constitucionalidad* implica necesariamente un juicio de compatibilidad entre las normas del derecho internacional y el ordenamiento jurídico interno, lo que aconseja que, en el momento de analizar las cláusulas que integran un acuerdo internacional, se haga con la prudencia y el cuidado suficientes para no afectar la norma fundamental.
- Los argumentos doctrinarios justifican y promueven una postura coherente de los órganos públicos en el momento de suscribir un tratado que va a implicar deberes y obligaciones para el Estado, pues ellos no pueden entrar en contradicción con la Constitución, que es la norma habilitante que faculta a la autoridad que suscribe el tratado. De ahí que *el control preventivo emerge como un mecanismo de utilidad fundamental para garantizar la supremacía constitucional*.

Expediente TC-02-2015-0003, relativo al control preventivo de constitucionalidad del “Acuerdo sobre Estatus del Personal de los Estados Unidos en la República Dominicana”, intervenido entre el Gobierno de la República Dominicana y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

⁶⁶ *Ibid.*, ap. II., punto 5: “Recepción del derecho internacional”.

⁶⁷ *Ibid.*, ap. II., punto 6: “Aspectos del control de constitucionalidad”.

- En una época de economía globalizada, el fortalecimiento de las relaciones internacionales constituye una valiosa iniciativa de los Estados, incluso aconsejable, para insertarse en la comunidad internacional y facilitar su integración. Estas relaciones se cultivan y se afianzan a través de los mecanismos habilitados por el derecho internacional, encontrando en los *tratados internacionales idóneas herramientas para concretar esos objetivos comunes*.
- El Estado moderno, *abierto a la cooperación e integración internacional*, materializa sus relaciones con la comunidad internacional mediante la negociación y concertación de convenios que coadyuven a la integración en áreas definidas como estratégicas para lograr esos propósitos.
- La República Dominicana se compromete a actuar en el plano internacional, regional y nacional de modo compatible con los intereses nacionales, la convivencia pacífica entre los pueblos y los deberes de solidaridad con todas las naciones. Precisamente, en la construcción y manifestación de esas relaciones, *los tratados internacionales han encontrado el terreno fértil para su expansión en el ámbito internacional*.⁶⁸

Para finalizar, se ha apuntado que jurisprudencialmente el TC exhibe una concepción muy formalista y estricta de la *soberanía*, que no deja espacio a actuaciones políticas del Estado en el plano internacional que se reflejen en la firma de tratados internacionales.⁶⁹

⁶⁸ Un pronunciamiento controversial del TC, que generó fuerte polémica, es el contenido en la Sentencia TC/0256 de 4 de noviembre de 2014, Expediente TC-01-2005-0013 relativo a la *acción directa de inconstitucionalidad* incoada el 25 de noviembre de 2005, *contra el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), suscripto por el Presidente de la República el 19 de febrero de 1999*. El acto jurídico impugnado en inconstitucionalidad es el citado instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH, que expresa lo siguiente: “El Gobierno de la República Dominicana por medio del presente instrumento, declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Interamericana [sic] sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969”. Por mayoría, el TC *declaró la inconstitucionalidad del aludido instrumento*. En sendas disidencias, se pronunciaron los magistrados Ana Isabel Bonilla Hernández, Hermógenes Acosta de los Santos y Katia Miguelina Jiménez Martínez, quienes con mayor o menor exhaustividad o intensidad argumental coincidieron en que el TC debió rechazar la acción de inconstitucionalidad y considerar regular y válido el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte IDH, depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos en fecha 25 de marzo de 1999. Como anticipábamos, el fallo del TC generó revuelo y no pocos autores ven en él una respuesta reactiva al pronunciamiento de la Corte IDH, en el “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 282, en el que se declaró la responsabilidad internacional del Estado dominicano.

⁶⁹ Cfr. Amaury A. Reyes-Torres, publicista y letrado de adscripción temporal en el TC dominicano, quien nos cursó una útil nota a propósito de este trabajo.

Acerca de ese punto, no debemos olvidar que para justificar el incumplimiento de las obligaciones emergentes de los instrumentos internacionales o de las sentencias de condena internacional, carecen de valor razones basadas en el argumento de la *soberanía estatal absoluta*. Es que dicho concepto ha quedado largamente superado e incluso hace ya varios siglos Bodino admitía al “derecho de gentes” como límite a aquella. Advertía explícitamente que el *poder soberano está vinculado por el derecho divino, natural y de gentes*. Nunca pretendió que el Estado fuera el ordenamiento jurídico supremo y solo se limitó a sostener que constituía la *potestas* suprema, esto es, la instancia temporal superior con relación a sus súbditos y ciudadanos.⁷⁰

3.4. Estado Plurinacional de Bolivia

En su hora y conforme la reforma constitucional de 1994, en el Estado Plurinacional de Bolivia la competencia que recaía en el Tribunal Constitucional inmediatamente anterior al coloquialmente denominado Tribunal Constitucional “liquidador” hacía presumir que el control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales era *facultativo o potestativo*. Sin embargo, es necesario advertir que, de acuerdo con la vigente Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009 (que abrogó la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas), y con una redacción no del todo nítida, el artículo 203, inciso 9, establece como atribución del actual Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) la de efectuar *el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales*.⁷¹

⁷⁰ Se ha puntualizado que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República*, de Juan Bodino, quien estudió una realidad nueva y trató de definirla, concibiendo la soberanía como un poder absoluto y perpetuo. Sin embargo, aquel autor advierte que Bodino tuvo en claro que “el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (intergentes)” (Jorge Carpizo, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 28, julio-agosto de 1982, pp. 196-198). Por su parte, Flores Olea ha indicado que “la expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al derecho de gentes*. Bodino distingue, nítidamente, entre *derecho y ley*, entre *principio y precepto*, y el soberano, a quien le compete *dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la ley, aunque *sí al derecho divino, natural y de gentes*” (Víctor Flores, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México, UNAM, 1969, pp. 64-65; aludido por Carpizo, *op. cit.*, p. 197 y n. 4).

⁷¹ Debe subrayarse que la Disposición Transitoria Novena determina: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de dos años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”. Por su parte, el artículo 410 estipula: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía: 1. La Constitución. 2. Las leyes y los tratados internacionales. 3. Los decretos supremos. 4. Las normas departamentales, regionales y municipales. 5. Normas de carácter administrativo”.

Según lo dispone expresamente el artículo 202 de la Constitución, el control de constitucionalidad sobre tratados y convenciones internacionales es *previo o preventivo e imperativo, o sea, obligatorio*. El presidente del Estado, en caso de tener dudas, puede formular la consulta antes de suscribir el tratado o después de hacerlo, antes de remitirlo a la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP). A su tiempo, el presidente de la ALP debe enviar el tratado ante el TCP, una vez sancionada la ley de aprobación. Ese envío es obligatorio.⁷²

Por su parte, y como se sabe, Bolivia cuenta con un Código Procesal Constitucional que fue aprobado por medio de la Ley 254, de 5 de julio de 2012, que entró en vigor el 6 de agosto del mismo año según su Disposición Transitoria Primera. Este cuerpo normativo, en su Título V, regula el control previo de constitucionalidad y las consultas. En el Capítulo I (Disposiciones generales) de ese Título, concretamente en el artículo 104 (Objeto), se establece que el *control previo de constitucionalidad* tiene por objeto confrontar, entre otras cuestiones, el texto de los tratados internacionales con la Constitución Política del Estado. El artículo 105, sobre tipos de control previo, determina que las modalidades de fiscalización previa de constitucionalidad pueden plantearse, *inter alia*, sobre *proyectos de tratados internacionales*.

Por lo demás, siempre en el Título V, el Capítulo II, sobre control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales, consagra las siguientes disposiciones:

- A. El *control previo de constitucionalidad de tratados internacionales* tiene por objeto confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado, *antes de su ratificación*, y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, total o parcial (art. 106).
- B. i) La presidenta o presidente del Estado, en caso de tener duda fundada sobre la constitucionalidad del proyecto de tratado o alguna de sus partes, lo remitirá ante el TCP; ii) remitido el texto del tratado internacional negociado por el Órgano Ejecutivo al Órgano Legislativo para su eventual aprobación y posterior ratificación, corresponderá a la presidenta o presidente de la ALP enviarlo al TCP, de forma *obligatoria* y dentro del plazo de 20 días de su recepción, *antes* de que dichos instrumentos internacionales sean ratificados. Al tiempo de remitirse en consulta el tratado internacional, la presidenta o presidente de la ALP podrá manifestar la duda fundada que tenga sobre la inconstitucionalidad del proyecto de tratado o algunas de sus estipulaciones; y iii) también, en el mismo plazo, las presidentas o presidentes de las Cámaras de Senadores o de Diputados, respectivamente, o al menos 5 senadores o 10 diputados podrán manifestar directamente ante el TCP, o a través de la presidenta o presidente de la ALP, la duda fundada que tengan sobre la

⁷² Cfr. lo informado por José Antonio Rivera en una esquila que nos remitiera a los fines de la confección de este ensayo.

- inconstitucionalidad del proyecto de tratado, o algunas de sus estipulaciones (art. 107).
- C. i) Admitida la consulta, la Comisión de Admisión del TCP dispondrá que esta sea de conocimiento del Órgano Ejecutivo, cuando corresponda, para que en el plazo de 15 días desde su notificación emita su opinión fundada sobre la consulta; y ii) transcurrido este plazo, con o sin la remisión de la opinión, el TCP emitirá Declaración Constitucional en el plazo de cuarenta y cinco (45) días, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad total o parcial del proyecto de tratado internacional en consulta (art. 108).
- D. i) En caso de declararse la inconstitucionalidad de un tratado bilateral, el mismo no será ratificado, debiendo procederse a su renegociación, si corresponde; y ii) la declaración de inconstitucionalidad de alguna cláusula de un tratado multilateral no impedirá su aprobación, siempre que se formule reserva de los preceptos considerados contrarios a la Constitución por la declaración del TCP (art. 109).
- E. i) Cualquier tratado internacional que requiera la aprobación mediante referendo de acuerdo con la Constitución, o cuando lo soliciten los ciudadanos o los representantes de la ALP, será revisado por el TCP dentro del plazo de 30 días desde el momento en que se conozca la propuesta de referendo planteada por el Órgano Ejecutivo o se haya notificado por el Órgano Electoral la obtención de las firmas de al menos el 5% del electorado, o se haya notificado por la ALP la obtención de por lo menos 35% del total de sus miembros para la iniciativa; ii) el TCP decidirá si el contenido del proyecto de tratado internacional está conforme con la Constitución; y iii) en caso de que el tratado internacional contenga propuestas que sean contrarias a la Constitución, el TCP declarará la inconstitucionalidad total o parcial del texto del tratado internacional considerado y no podrá ser objeto de referendo aquello que se haya declarado inconstitucional (art. 110).

3.5. Venezuela

En virtud del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Añade el aludido precepto que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional de dicho Tribunal sobre el contenido o el alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas de este y los demás tribunales de la República. Entre las atribuciones de la precitada Sala Constitucional, el artículo 336 incluye la de verificar, a solicitud del presidente o la presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, *la conformidad con la*

Constitución de los tratados internacionales suscriptos por la República antes de su ratificación (num. 5).⁷³

Por su parte, en el artículo 187, numeral 18, de la Constitución se acuerda a la Asamblea Nacional atribución para aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo las excepciones consagradas en la propia Ley Fundamental, al tiempo que adjudica al presidente o la presidenta de la República competencia para dirigir las relaciones exteriores y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.⁷⁴

Según Allan R. Brewer-Carías, lo importante es destacar que, con el citado artículo constitucional 336, numeral 5, se incorporó al sistema de justicia constitucional en Venezuela una figura que tuvo su origen en los sistemas constitucionales europeos (como el francés y el español) y que también existe en Colombia, “el cual permite el control previo de la constitucionalidad de un tratado internacional suscripto por la República y evitar, en esos casos, la impugnación posterior de la ley aprobatoria del tratado ante el Tribunal Supremo” (énfasis agregado).⁷⁵ Añade el citado autor que la Sala Constitucional debe verificar la conformidad del tratado con la Constitución y, si no es conforme a esta, entonces no puede ser ratificado, de lo que podría resultar, en todo caso, una iniciativa de reforma constitucional para adaptar la Constitución al tratado.⁷⁶ Además, califica como “evidente” que si la Sala Constitucional considera en su decisión que el tratado es conforme con la Constitución, no podría posteriormente ejercerse una acción de inconstitucionalidad contra la ley aprobatoria del tratado.⁷⁷

Expresa, en posición que compartimos, que un mecanismo de control de este tipo (previo) es muy importante en procesos de integración económica regional, pues en la práctica llevaría a la ratificación de los tratados respectivos solo después de la verificación de su constitucionalidad por el TSJ y evitaría así la impugnación posterior de la ley aprobatoria de los tratados, como ocurriera en Venezuela en los casos de los tratados relativos al Acuerdo de Integración de la ahora Comunidad Andina, lo que sucedió –vale aclarar por nuestra parte– con anterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución.⁷⁸

⁷³ Texto constitucional “corregido” y que varía del aprobado en el referéndum de 15 de diciembre de 2000 y publicado el 30 de diciembre de 1999, que establecía la “conformidad de la Constitución con los tratados internacionales” (énfasis agregados) (Allan R. Brewer, “La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999”, en Eduardo Ferrer (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2ª. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001, p. 948).

⁷⁴ Cfr. art. 236, num. 4.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 947.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 948.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

Para comenzar a cerrar este subapartado, antes de la Constitución de 1999 el asunto del sistema de control de constitucionalidad de los tratados se discutió mucho, con tesis a favor y en contra. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en dos ocasiones *en contra de la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad posterior de los tratados*. Ya con la nueva Constitución, como vimos, *se introdujo el control previo* de los tratados internacionales, y mayoritariamente se piensa que hay que acudir a esa vía. Tal fiscalización preventiva es *facultativa*. Por último, prestigiosa visión autoral considera discutible la posibilidad de ejercer un control *a posteriori*.⁷⁹

3.6. Chile

En Chile parecieran convivir ambas posibilidades: control previo obligatorio y facultativo, según corresponda, al menos desde el plano normativo y de acuerdo con los supuestos de que se trate, a partir de la reforma constitucional de 2005. Allí se programó un control previo *obligatorio* de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional. En tal sentido, el artículo 93.1 de la Constitución establece dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional la siguiente: “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y *de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación*” (énfasis agregado), competencia que figura reproducida en el artículo 31.1 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOTIC), según el Decreto con Fuerza de Ley 5 de 1 de junio de 2010,⁸⁰ que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de tal ley.

Precisamente, la LOTIC, en su artículo 48, párrafo 1, prevé:

En el caso del número 1 del artículo 93 de la Constitución, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y *de los tratados que contengan normas sobre materias propias de estas últimas*. (Énfasis agregado)

A su tiempo, y paralelamente, se habría diseñado una hipótesis de control previo *facultativo* a iniciativa de determinados órganos o autoridades del Estado. Así, el artículo 93.3 de la Constitución acuerda al Tribunal la atribución de “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”, prerrogativa trasvasada al artículo 31.3 de la LOTIC.

⁷⁹ Nos referimos a Jesús María Casal, quien así se pronunció ante una consulta de nuestra parte.

⁸⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, 10 de agosto de 2010.

En la parte final del aludido artículo 93, al referirse a la pauta contenida en el número 3 del mismo, la Ley Fundamental chilena establece que

... el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, *siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional* y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación. (Énfasis agregado)

Añade que deberá resolverlo “dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados” y que tal “requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de este no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República”. Vale precisar que, de conformidad con la parte final del artículo 49, *in fine*, de la LOTC,

... si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, deberá declararlo así por resolución fundada cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. *La inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional.* (Énfasis agregado)

En este último caso (inconstitucionalidad parcial), se comunicará el acuerdo aprobado por el Congreso Nacional, con el *quorum* correspondiente, y las normas cuya inconstitucionalidad se haya dispuesto, para que el presidente de la República decida si hará uso de la facultad señalada en el párrafo anterior.⁸¹ Por lo demás, la LOTC estipula en su artículo 51, párrafo primero, que habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la *constitucionalidad de las normas de un tratado* o de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Al parecer, no concurren motivos jurídicamente incontrovertibles para sostener semejante bifurcación en cuanto al control preventivo de constitucionalidad: *obligatorio* para los tratados referidos a asuntos objeto de ley orgánica constitucional y

⁸¹ Cfr. artículo 50, *in fine*, LOTC.

potestativo para los que no lo sean. Es que estos últimos también podrían resultar contrarios a la Constitución y, de ese modo, si se omitiera el control previo, eventualmente tampoco debería habilitarse el control posterior de constitucionalidad, puesto que, entre otras razones, el artículo 50.1 de la Constitución, en uno de sus tramos, prescribe: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”. Pero, además, semejante hipótesis de fiscalización constitucional *a posteriori* también violaría los nombrados principios iusinternacionales fundamentales contenidos en los artículos 26 y 27 y su relación con el artículo 31.1, todos de la CVDT.

Como mensaje telegráfico final, conviene recordar que en esta materia no ha habido mayores novedades en el último tiempo, ni en relación con el *control preventivo obligatorio* ni en cuanto al *control preventivo facultativo*. Sí debe mencionarse la existencia de un debate académico, que mayoritariamente está de acuerdo en suprimir el control preventivo obligatorio.⁸²

3.7. Costa Rica

El sistema de control de constitucionalidad de Costa Rica es *concentrado*. La Sala Cuarta Constitucional de la Corte Suprema de Justicia fue instituida por el artículo 10 de la Constitución Política (CP), texto de acuerdo con la reforma de 1989. La temática de la jurisdicción constitucional ha sido desarrollada por la Ley 7.135, de la Jurisdicción Constitucional (LJC), que data de octubre de 1989.⁸³ Su artículo 1 establece precisamente que dicha preceptiva legal tiene como fin regular tal jurisdicción. A su vez, consigna que el objeto de esta última es *garantizar la supremacía de las normas y los principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación*, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Hasta 1989, el modelo costarricense de control de constitucionalidad era exclusivamente *posterior*. Pero, con la reforma constitucional de aquel año y particularmente por medio de la LJC se implementó la Sala Constitucional, estableciéndose asimismo una nueva modalidad de fiscalización constitucional: un control *previo* pensado para ciertos supuestos específicos regulados por la LJC (arts. 96 y ss.), por expresa delegación del citado artículo 10, inciso *b*, de la Constitución. Este último determina que la Sala Especializada (léase, Sala Constitucional) conocerá de las

⁸² Cfr. Gonzalo Aguilar, quien nos hiciera llegar unas líneas sobre el presente punto en particular.

⁸³ Publicada en el Alcance 34 a *La Gaceta* 198 de 19 de octubre de 1989 y rectificada por Fe de Erratas a *La Gaceta* 212 del 9 de noviembre de 1989. Fue modificada por Ley 7.209 de 8 de noviembre de 1990.

consultas sobre proyectos de reforma constitucional, *de aprobación de convenios o tratados internacionales* y de otros proyectos de ley que la LJC consagre. Debe advertirse, para evitar confusiones, que actualmente coexisten las dos modalidades: *preventiva y posterior*.

La citada Sala, que ostenta el monopolio para ejercer el control de constitucionalidad sobre los tratados, ha sostenido que pese a que Costa Rica mantiene el esquema clásico que asigna al Poder Ejecutivo la negociación y conclusión de esos convenios o tratados (el llamado *treaty making power*) –siempre que la Asamblea Legislativa dicte un acto de aprobación que los incorpore al ordenamiento interno, y así lo disponen los artículos 140, inciso 10, y 121, inciso 4, de la CP–, mediante la reforma de 1989 se modificó, entre otros, el artículo 10 que *permite a la Sala Constitucional emitir una opinión de constitucionalidad, previamente a que se produzca la aprobación definitiva de un instrumento internacional*.⁸⁴

También ha señalado que la finalidad de esa *consulta previa o control previo de constitucionalidad* y el papel que ella ejerce en este campo específico siempre va a ser, en términos muy generales, como lo dispone el propio artículo 1 de la LJC. Además, y a los fines de solventar la consulta, la Sala debe verificar los trámites seguidos en la normativa pertinente de la LJC (art. 98), en punto a que la consulta debe hacerse después de aprobado el proyecto en primer debate y antes de la aprobación definitiva y que, al evacuarla, la Sala dictaminará sobre cualesquiera aspectos o motivos que estime relevantes desde el punto de vista constitucional, *pero vinculante solo en lo que se refiere a los trámites*.⁸⁵

Con arreglo a lo dispuesto por el artículo 96, parte introductoria, de la LJC, por la vía de la *consulta de constitucionalidad*, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos en los supuestos indicados por la citada norma. En particular, existen *dos tipos de control previo de constitucionalidad*: uno se ejerce por medio de la *consulta preceptiva de constitucionalidad* y el otro se materializa por medio de la *consulta facultativa*. El inciso *a* del citado artículo 96 regula lo concerniente a la *consulta preceptiva de constitucionalidad*, estableciendo como obligatoria la que verse sobre los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la LJC y los tendientes a la *aprobación de convenios o tratados internacionales*, incluso las reservas hechas o propuestas a unos y otros. En estos supuestos, tal como lo especifica el artículo 97, primera parte, de la LJC, la consulta será formulada por el directorio de la Asamblea Legislativa.

⁸⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 00-008325-0007-CO, Resolución 2000-9685, San José, a las 14:56 del 1 de noviembre de 2000. En la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de ley de aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Expediente Legislativo 13.579, estableció que el Estatuto de Roma, en términos generales, “no roza con los lineamientos del Derecho de la Constitución”, o sea, que no viola la Constitución Política ni los principios que la informan. Salvaron su voto los magistrados Gilbert Armijo y Susana Castro.

⁸⁵ *Ibid.*

Por su parte, los incisos *b*, *c* y *ch* del artículo 96 (LJC) regulan lo relativo a la *consulta facultativa*, pues legitiman a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley, si estiman que violentan algún principio o valor constitucional. En el caso de que un proyecto de ley se encuentre en la corriente legislativa, los artículos 97 y 98 de la LJC establecen que *la consulta debe presentarse una vez aprobado el proyecto en primer debate*. Sin embargo, *el pronunciamiento de la Sala es vinculante únicamente en cuanto se establezca la existencia de trámites inconstitucionales y no por razones de fondo*. Pueden plantear la consulta facultativa los diputados o el órgano legitimado para hacerla.⁸⁶

En un pronunciamiento relativamente reciente, de 19 de enero de 2018, la Sala Constitucional rindió una *consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad* formulada por el directorio de la Asamblea Legislativa, respecto del proyecto de ley de Aprobación del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (Irena).⁸⁷ Más allá del resultado producido, lo importante es que la Sala ratifica varios de los aspectos mencionados en este subapartado del trabajo: 1) la consulta se formula en cumplimiento de lo que establece el inciso *a* del artículo 96 de la LJC; 2) a los efectos de evacuarla, corresponde verificar los trámites seguidos en el caso, ya que se dispone que la consulta deberá hacerse después de aprobado el proyecto en primer debate y antes de la aprobación definitiva; y 3) al evacuarla, la Sala dictamina sobre cualesquiera aspectos o motivos que estime relevantes desde el punto de vista constitucional, pero su opinión *solo será vinculante en lo que se refiere al trámite o trámites seguidos*.⁸⁸ En lo que hace a este último punto, debe subrayarse que el control previo que efectúa la Sala Constitucional es *en relación con el procedimiento de aprobación del tratado, pudiendo emitir criterio respecto al fondo, pero ello no resulta vinculante*.

Una singular cuestión se suscitó en la Sala Constitucional con ocasión de examinar si procedía o no el control previo de constitucionalidad respecto de convenios o tratados internacionales cuya aprobación fuera sometida a referéndum. Ello, ante la laguna normativa existente respecto de la admisibilidad o no de la consulta

⁸⁶ Cfr., en cuanto a esta última cuestión, el artículo 97, *in fine*, LJC.

⁸⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 17-020268-0007-CO, Resolución 2018000807, San José, a las 9:20 del 19 de enero de 2018. En la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de ley de “Aprobación del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (Irena)”, Expediente Legislativo 20.373, concluyó que no contenía vicios esenciales de procedimiento ni disposiciones inconstitucionales.

⁸⁸ En similar sentido se expidió la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en Expediente 17-020267-0007-CO, Resolución 2018001479, San José, a las 9:15 hs. del 31 de enero de 2018. En la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de “Aprobación de la enmienda al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (2016)”, Expediente Legislativo 20.380, determinó que no observaba infracción a normas o principios constitucionales formales o materiales.

formulada por la Defensoría de los Habitantes y la presentada por los diputados. Por mayoría, la Sala resolvió que en aras de los principios de la supremacía constitucional contenidos en los artículos 10 de la CP y 1 de la LJC, de la eficacia directa e inmediata de la Constitución, de acuerdo con el cual no es necesario el desarrollo legislativo de los principios, valores y preceptos constitucionales, de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y de la seguridad, optaba por admitirlas para que fueran evacuadas en los extremos que ella fijó.⁸⁹

Añadió que la jurisdicción constitucional debe ser reflejo de la textura abierta y flexible del derecho de la Constitución, y su interpretación debe ser espiritual y no formal. Citó el artículo 14 de la LJC en cuanto a que “a falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del Derecho Constitucional, así como los del Derecho Público y Procesal generales”. Entendió además la Sala que era claro que el pueblo, como soberano, debía someterse a la CP, y era por ello que, frente a la existencia de un referéndum, no perdía su competencia para realizar el respectivo control de constitucionalidad, según lo establecido en el artículo 10 de la CP, ya que no podría interpretarse de manera restrictiva esta competencia, tomando en consideración el principio de supremacía constitucional. Por tal razón, y como se anunciaba, la Sala juzgó que era procedente dar curso a las consultas de constitucionalidad presentadas, ya que, ante la existencia del vacío legal, debía interpretarse en favor de la posibilidad de control para evitar que el pueblo acudiera a las urnas sin tener claros los aspectos de constitucionalidad.⁹⁰

En síntesis, el control *previo* de constitucionalidad está regulado por los artículos 96 a 101 de la LJC. Por su parte, y para cerrar este segmento del trabajo, la *acción de inconstitucionalidad* es el instrumento tradicional de control *posterior* de constitucionalidad y aparece normativizado por los artículos 73 a 95 de la LJC. Respecto de la temática que examinamos, procede dicha acción en los términos del artículo 73, incisos *d* y *e*, cuando:

- Alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la CP, por oponerse a un tratado público o convenio internacional. Tal tramo de la citada norma constitucional dispone textualmente: “Los tratados públicos,

⁸⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente 07-005632-0007-CO, Resolución 2007-09469, San José, a las 10:00 hs. del 3 de julio de 2007. La Sala Constitucional concluye, por mayoría, que no existe vicio de constitucionalidad alguno en el proyecto de aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos y que tampoco encuentra que el convenio analizado resulte contrario al “texto íntegro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los textos íntegros del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el texto íntegro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, tal como alega la Defensora de los Habitantes, pues no solo no invoca las normas de dichos textos que considera lesionadas, sino que además no demuestra en forma alguna lo indicado.

⁹⁰ *Ibid.*

los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán, desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

- Si en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en lo que toca a su contenido o efectos, se hubo infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordena su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

3.8. Guatemala

En el derecho guatemalteco, dos fuentes jurídicas fundamentales son la Constitución Política de la República, como es evidente, y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC), que es una importantísima ley constitucional. Ambas datan de 1985. El artículo 268 de la Constitución prefigura el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad (CC) como “un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia”. En punto al control de constitucionalidad de los tratados internacionales, *no existe una etapa previa obligatoria, sino facultativa*. O sea que ellos podrán adoptarse sin una revisión *a priori* por la CC.

No obstante, dentro del esquema competencial de la CC, además de sus atribuciones jurisdiccionales, dirimentes y políticas, esta cuenta con una *función consultiva* que se ejerce a través de dictámenes y opiniones consultivas. En ese marco, y respecto de estas últimas, *la CC podrá emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley*, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado. Ello, de conformidad con los artículos 272, inciso *e*, de la Constitución y 163, inciso *e*, de la LAEPC, en conexión con los artículos 171 a 177 de la nombrada ley.

Al solo efecto ejemplificativo, y para visualizar la dinámica de la praxis de la CC en la materia, recordamos la oportunidad en que esta emitió *opinión consultiva*⁹¹ respecto de la constitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,⁹² ante la consulta al respecto formulada por varios diputados y el envío formal que el

⁹¹ Expediente 199-95 de 18 de mayo de 1995, *Gaceta Jurisprudencial*, núm. 37.

⁹² Algunas consideraciones sobre el contenido y el alcance del Convenio 169 de la OIT pueden compulsarse en los siguientes trabajos de Víctor Bazán, “La nueva cláusula constitucional argentina sobre derechos indígenas: proyecciones de la cuestión en los ámbitos interno e internacional”, *Revista Jurídica del Perú*, LII, núm. 33, abril de 2002, pp. 31-50, en especial, pp. 33-34, 38 y 43-44; y “La cláusula constitucional sobre derechos indígenas, la

Congreso de la República le realizara el 29 de marzo de 1995. Entre otras puntualizaciones, en la ocasión la CC dijo:

... si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, *existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país*, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. (Énfasis agregado)

Concluyó señalando que

... el *Convenio 169* analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.⁹³ (Énfasis agregado)

Otro asunto que exhibe la praxis de la CC en la materia se produjo a instancias del Congreso de la República –a través de su presidente– y sobre la base de lo dispuesto por el artículo 171 de la LAEPC, a fin de solicitar de la CC la emisión de una opinión consultiva sobre la constitucionalidad del texto del acuerdo celebrado entre la Organización de las Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala en relación con el establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (Cicig),⁹⁴ suscripto en Nueva York, el 12 de diciembre de 2006. La CC admitió a trámite la solicitud en tanto la expedición de opiniones consultivas quedó encuadrada dentro del marco de sus funciones en los términos de los

diversidad cultural y la relación derecho penal estatal y derecho consuetudinario aborigen”, *Revista Científica de UCES*, IV, núm. 2, 2000, pp. 91-111, en especial, pp. 94-95 y 108.

⁹³ Se ha sostenido que un importante antecedente de la opinión consultiva evacuada por la CC guatemalteca lo constituye el previo pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre dicho Convenio, consulta preceptiva que le fuera dirigida –en los términos del artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Constitucional costarricense– por el Directorio de la Asamblea Legislativa (José Emilio R. Ordóñez, “La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, 30, 1998, p. 133).

⁹⁴ La Cicig se creó como un órgano independiente de carácter internacional, con la finalidad de apoyar al Ministerio Público, la Policía Nacional Civil y a otras instituciones del Estado tanto en la investigación de los delitos cometidos por integrantes de los cuerpos ilegales de seguridad y aparatos clandestinos de seguridad como, en general, en las acciones que tiendan al desmantelamiento de estos grupos. La citada Comisión Internacional ha sido prorrogada cuatro veces por la ONU y el Gobierno de Guatemala, en 2009, 2011, 2013 y 2015. Esta última culminó el 3 de septiembre de 2017 y la nueva prórroga finalizó el 3 de septiembre de 2019 (cfr. <http://www.cicig.org/index.php?page=mandato>).

artículos: 272, inciso *e*, de la Constitución, y 149, 163, inciso *e*, 171, 172 y 175 de la citada LAEPC.⁹⁵ Entre otras cosas, y mostrándose permeable a la instauración de la Cicig, el Tribunal manifestó:

Siendo la plena vigencia de los derechos humanos una preocupación universal, es lógico que un Estado amplíe sus obligaciones en tal sentido [de apertura a la asistencia internacional], y requiera el apoyo de una organización internacional, especializada en la materia, como las Naciones Unidas, lo cual es coherente con las obligaciones adquiridas por el Estado en diferentes instrumentos internacionales en el ámbito de derechos humanos, en los cuales se afirma la preocupación universal por su vigencia (subap. 1.2.A.2).

En síntesis, y con arreglo a lo establecido por los artículos 268 y 272, incisos *e*, *i* de la Constitución, y 175, 176, 177 y 183 de la LAEPC, consideró que el mencionado acuerdo

... resulta constitucional en cuanto a la creación de una Comisión que coadyuve con la investigación de los delitos de acción pública que en el acuerdo de su creación se detallan, así como que brinde asesoría al Estado de Guatemala respecto de los temas que en el mismo se describen. Para la plena vigencia del Acuerdo es necesario que el mismo se interprete y ejecute de conformidad con la normativa constitucional y legal vigente en el ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo que los instrumentos de aprobación que emita el Congreso de la República de Guatemala y de ratificación que suscriba el Ejecutivo deberán incluir esa previsión a efecto de que se mantenga la supremacía constitucional prevista en los artículos 44, 175 y 204 de la Ley Fundamental. (Énfasis agregados)

Asimismo, existe la posibilidad de realizar *control posterior*, lo que efectivamente ha ocurrido. Sobre el punto puede mencionarse, solo ilustrativamente, la Sentencia que resolvió acumuladamente las acciones de inconstitucionalidad general parcial deducidas contra el Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y Otras Instancias Políticas (Parlacen). Ello, en los expedientes 12 y 213 de 2004 y en la Sentencia de 20 de julio de 2004. Al respecto, *inter alia*, la CC manifestó:

- *Los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala forman parte de su ordenamiento jurídico, sujetos al principio de supremacía constitucional y, por lo mismo, susceptibles del control de constitucionalidad de las normas, afirmaciones que aplican respecto de los instrumentos y normas internacionales que Guatemala ha aceptado, salvo lo referente a las normas de ius cogens en materia de derechos humanos que, por virtud de los artículos 44, 46 y 149 constitucionales, presentan algunas especificidades e implicaciones distintas.*

⁹⁵ Expediente 791-2007 de 8 de mayo de 2007.

- Respecto de los instrumentos internacionales convencionales que Guatemala ha aceptado y ratificado, que no regulan materias de derechos humanos y que puedan presentar alguna incompatibilidad con la Constitución, si bien están sujetos al control de constitucionalidad de las normas, la declaratoria que en tal sentido pueda emitir la CC *carece de efectos modificatorios o derogatorios del tratado o convenio de que se trate, en el ámbito del derecho internacional, pero tiene plenos efectos erga omnes respecto del Derecho Interno*. Por ello, en caso de que una regulación de carácter internacional –convencional–, aceptada y ratificada por Guatemala, sea declarada inconstitucional por la CC, no podrá ser aplicada o invocada dentro del Estado ni por el mismo o sus funcionarios y habitantes, circunstancia que no afecta su validez en el ámbito internacional ni los efectos e implicaciones que ello conlleve en esa competencia.
- La jurisdicción de la CC respecto de instrumentos internacionales convencionales se enmarca en la aplicación que de las normas de los mismos se pretenda o pueda realizar en Guatemala, acerca de las personas o entidades sujetas a su soberanía, puesto que *la competencia y el ámbito de acción de la CC están determinados por la Constitución*.
- En suma, y en cuanto a lo que aquí interesa resaltar, la CC *por mayoría*⁹⁶ declaró inconstitucionales, con efectos exclusivamente para el Estado de Guatemala, dos incisos y un párrafo del artículo 2 del Tratado Constitutivo del Parlacen, y un inciso del artículo 27 del mismo.

⁹⁶ Es interesante revisar el voto razonado disidente del magistrado Mario Guillermo Ruiz Wong, quien efectuó algunas atinadas consideraciones en torno a la improcedencia del control de constitucionalidad represivo de un instrumento internacional incorporado válidamente al derecho interno. Señaló que no es la primera vez que la CC conoce de una impugnación por medio del control abstracto de inconstitucionalidad del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas, ya que en 1991 ella había dictado la Sentencia de 17 de julio de 1991 (en los expedientes acumulados 147-90 y 67-91), por la que *se declaró la improcedencia de una acción de inconstitucionalidad planteada contra dicho instrumento internacional*. Señaló además que *una norma internacional, una vez incorporada válidamente al derecho interno, no puede ser objeto del control represivo de constitucionalidad de las leyes, sin incurrirse en una violación de lo dispuesto en el artículo 27 de la CVDT*. Subrayó asimismo, entre otras cosas, que Guatemala había ratificado esta última convención y que, de acuerdo con sus artículos 14, 17, 19 y 21, el Estado, libremente, en cada una de las etapas de creación del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas, pudo decidir el suscribirlo o no, o bien el advertir en él contravención a normas de la Constitución vigente y formular reservas respecto de la normativa infractora del texto constitucional; y al no haberse realizado reserva alguna e incorporado al ordenamiento jurídico interno dicho tratado por aprobación por parte del Organismo Legislativo y ratificación por el Organismo Ejecutivo, ahora Guatemala no podría declarar la inconstitucionalidad de normas de un tratado internacional, con el efecto que según el artículo 8, literal *d*, de la Ley del Organismo Judicial tiene ese tipo de declaratoria, ya que, de hacerlo de esa manera, tal actitud implica una marcada violación de los artículos 26 y 27 de la citada Convención, lo cual genera responsabilidad internacional para el Estado de Guatemala.

- Según se ha señalado, *en ocasiones la CC ha declarado inconstitucional una norma de un tratado internacional en forma similar a la que se hubiera producido de ser la cuestionada una ley ordinaria.*⁹⁷ Si bien en algunos casos se ha hecho referencia a que los tratados internacionales provienen de un sistema diferente del interno, y por ello su procedimiento de reforma y pérdida de vigencia es también distinto, en otras se ha entrado a analizar su contenido sin distinción entre la norma interna y la internacional.

Entre los supuestos en que se ha efectuado esa distinción puede citarse el Expediente 56 de 2012, de 3 de mayo de 2012, en el que la CC afirmó:

Esta Corte advierte que en un régimen como el que se propone en el artículo 149 constitucional encaminado sobre la perspectiva de responsabilidad y coherencia con los principios del Estado de Derecho Constitucional, y los principios generales del derecho internacional, *se exige que los tratados sólo pueden tener control de constitucionalidad de sus preceptos, en el proceso de su incorporación al derecho interno, quedando inhibido el control de constitucionalidad cuando las normas de derecho internacional se han incorporado válidamente al derecho interno*; de manera que no entenderlo así implicaría vulnerar consciente y de mala fe el principio del derecho internacional válidamente incorporado, y además, quedaría facultado el Estado para determinar unilateralmente si cumple o no sus obligaciones internacionales, lo cual crearía un temerario precedente que trastocaría cabalmente con todo aquello que se pretende resguardar en la norma constitucional antes citada. (Énfasis agregados)

En otras hipótesis se ha analizado directamente la norma cuestionada, aunque sea proveniente de un tratado ya incorporado al derecho interno, por ejemplo, en el Expediente 1495 de 2013, Sentencia de 14 de agosto de 2013, a través de un incidente de inconstitucionalidad parcial de ley en caso concreto, promovido contra los artículos V del Tratado de Extradición suscripto entre Guatemala y los Estados Unidos de América, y 13 y 14 de la Ley Reguladora del Procedimiento de Extradición. La CC declaró *sin lugar* el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmó el auto impugnado.

Recapitulando, sí está permitido el control posterior y no ha habido uniformidad en cuanto a hacer distinción por la naturaleza de las normas que se analizan, ya que, si bien en algunos casos se puntualiza esa diferencia a efectos de no declarar su inconstitucionalidad, de igual manera que se haría con una norma interna, por los efectos de derecho internacional, en otros se han analizado estas normas como se hace con el derecho interno.

⁹⁷ Cfr. una opinión que nos enviara la profesora guatemalteca Aylín Ordóñez.

Para cerrar este punto y dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, a modo de digresión y en el área específica de protección de los derechos humanos, cabe hacer sucinta alusión a una Sentencia dictada por la CC el 17 de julio de 2012 en el Expediente 1822 de 2011, donde puntualizó:

... el *bloque de constitucionalidad* se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal [...]. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que *los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno*. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos. (Énfasis agregado)

4. Consideraciones finales

4.1. En Latinoamérica no existe uniformidad en materia de control constitucionalidad de los tratados internacionales. Las variantes son numerosas.

- A. En el ordenamiento argentino 1) no se encuentra formalmente positivizado el *control preventivo* de constitucionalidad de los tratados internacionales; 2) a nuestro criterio, no es procedente la fiscalización constitucional *posterior o sucesiva* de los instrumentos internacionales válidamente receptados por el derecho interno, por cuanto ella colisionaría con acendradas pautas internacionales, por ejemplo, con los artículos 26 y 27, CVDT, pudiendo desembocar en la responsabilidad internacional estatal; 3) si el Estado así lo decide, se encuentra a su alcance la posibilidad de acudir a las rutas existentes en el campo internacional, por caso, para *denunciar el tratado o retirarse de él*; y 4) entre otras cuestiones, no es viable efectuar control constitucional de instrumentos internacionales *con jerarquía constitucional originaria o derivada*, según corresponda.
- B. Algunos Estados, como Perú y México, sí optan acentuadamente por una tipología fiscalizadora *represiva, posterior, correctiva*.
- C. Otros Estados tienen solamente *control previo o preventivo*. Así acaece en Colombia y Bolivia que adoptan esa modalidad siendo la fiscalización *obligatoria o mandatoria*. A su tiempo, Ecuador luce el siguiente esquema: fiscalización *previa y obligatoria* cuando el tratado en cuestión requiera aprobación

legislativa, mientras que el tratado que no la exija se somete a control *represivo o a posteriori*, con el solo fin de obligar a su denuncia en el supuesto de ser inconstitucional. Por su parte, República Dominicana consagra también la tipología *previa y obligatoria*. Si el TC reputa constitucional el tratado, ello impide que posteriormente el mismo sea cuestionado por inconstitucionalidad ante ese máximo tribunal o cualquier juez u otro órgano jurisdiccional *por los motivos que él valoró*. En consecuencia, al parecer, podría realizarse control *posterior* de constitucionalidad del tratado en cuestión *por otras razones no ponderadas o examinadas por el citado alto tribunal*.

Ciertos Estados, como Venezuela, consagran una modalidad *previa y facultativa o potestativa*. Por su parte, en Chile el control presenta dos tipos de examen *preventivo*, ya que este puede ser *obligatorio o facultativo*. Por su parte, Costa Rica brinda una vertiente de control *previo o preventivo* a través de la consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad y cuenta paralelamente con un control *posterior o represivo* por medio de la acción de inconstitucionalidad. Ese esquema es similar en Guatemala, donde la fiscalización constitucional de los tratados es *previa y facultativa*, al tiempo que también existe una senda de control constitucional *posterior o represiva* a través de la acción de inconstitucionalidad.

D. En suma, y como puede apreciarse, el menú de opciones está lejos de ser lineal. Más bien, se presenta multiforme, aunque con ciertos rasgos comunes.

4.2. Quedan flotando ciertas dudas planteadas por algún sector doctrinario. Por ejemplo, ¿qué sucede con el tratado ya analizado en su constitucionalidad, en caso de inconstitucionalidad sobreviniente por conducto de una innovación de la Ley Fundamental?, ¿qué acaece si la corte o tribunal en cuestión omitió examinar una determinada contradicción grave entre tratado y constitución?, ¿es posible aducir la existencia de una “cosa juzgada aparente”? Se trata de cuestiones interesantes y polémicas que cada espacio jurídico deberá resolver teniendo especial cuidado de no violentar las pautas y principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados (CVDT), de pugnar por el efecto útil del tratado y de procurar evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.

4.3. Nos pronunciamos a favor del control *preventivo, previo o a priori* de constitucionalidad de los tratados internacionales, por supuesto, en los países que admiten constitucionalmente esa tipología fiscalizadora. Incluso, y para evitar potenciales *inconvenientes* en el despliegue vivencial de los mismos, pensamos que sería aconsejable pautar que dicha fiscalización fuese *obligatoria*, en orden a prevenir contradicciones o disturbios normativos *ad intra* e intensificar, así, la búsqueda de la preservación de la supremacía constitucional, coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes normativas y evitar la vinculación jurídica del Estado correspondiente en el ámbito internacional sin proceder,

previamente, a las adecuaciones normativas pertinentes, en su caso, a aprobarlo con reservas, a desistir de su aprobación o, en última instancia, a reformar la constitución.

4.4. En línea con el párrafo anterior, y ya desde un enfoque con ingredientes más políticos, no debería dejarse de lado el hecho de que en distintos países de la región un significativo número de magistrados/as de las cortes o tribunales constitucionales o judiciales investidos de la potestad de realizar control de constitucionalidad de los tratados internacionales son seleccionados/as por los gobiernos de turno movidos por razones políticas. Desde ese perfil, el examen preventivo de constitucionalidad de un instrumento internacional puede estar condicionado o inficionado por un tenor y una tonalidad de voluntad política imperante en ese momento. En tal vertiente de pensamiento, podría valorarse positivamente la alternativa de efectuar un cierto control previo, sin perjuicio del que pudiera realizarse *ex post*, obedeciendo a las circunstancias de un caso particular y que no puedan predecirse en el momento de ratificar un acuerdo internacional.

4.5. El control *previo* permite asegurar preventivamente, al menos *prima facie*, que los tratados internacionales sean conformes a la constitución, sin poner en jaque la respetabilidad de los Estados en el marco transnacional ni someterlos al riesgo de que se deslicen a una condena que les adjudique responsabilidad internacional.

4.6. La posibilidad de habilitar vías de fiscalización constitucional *repressiva* o *a posteriori* del tratado internacional, en principio, coloca a este en una situación de inestabilidad normativa, con el consecuente demérito de la seguridad jurídica y la siempre latente posibilidad de ser condenado internacionalmente. No está de más tomar en consideración la necesidad de preservar y honrar principios de gran valía jurídica y axiológica como el *pacta sunt servanda*, la *buena fe*, la interpretación de los tratados *conforme a su objeto y fin* y la *imposibilidad de que los Estados aleguen su derecho interno para no cumplir obligaciones asumidas internacionalmente*.⁹⁸

4.7. Se debe tener muy en cuenta que firmar, aprobar, ratificar o adherir a tratados internacionales no son, precisamente, conductas jurídicamente inocuas. Por el contrario, traen consigo relevantes deberes normativos y éticos traducibles en el cumplimiento de principios de gran calado como el de buena fe, premisa fundamental del derecho internacional consagrada –entre otros documentos– en el artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas y en la Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, de 24 de octubre de 1970. En consecuencia, es imprescindible que exista voluntad política para honrar las prescripciones contenidas

⁹⁸ Cfr., respectivamente, artículos 26, 31.1 y 27 –este último en conexión con el artículo 46– de la CVDT.

en aquellos instrumentos internacionales, proporcionándoles operatividad y efecto útil. Ni más ni menos que la seriedad, la honorabilidad y la credibilidad del Estado están en juego.

Bibliografía

- ANDRADE, Eduardo, "La necesidad de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017.
- BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, México, Porrúa, 2003.
- _____, "Cláusula federal y protección de derechos humanos", *La Ley*, núm. 184, 1 de octubre de 2018.
- _____, "Prólogo", en Walter A. DÍAZ ZEGARRA, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2ª. ed., Lima, Ediciones Legales, 2010, pp. XIX-XXV.
- _____, "La nueva cláusula constitucional argentina sobre derechos indígenas: proyecciones de la cuestión en los ámbitos interno e internacional", *Revista Jurídica del Perú*, LII, núm. 33, 2002.
- _____, "La cláusula constitucional sobre derechos indígenas, la diversidad cultural y la relación derecho penal estatal y derecho consuetudinario aborigen", *Revista Científica de UCES*, IV, núm. 2, 2000.
- BECERRA, Manuel, "Notas sobre el derecho internacional público a finales del siglo", en VV.AA., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, IJ-UNAM, 1998.
- BIDART, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- BREWER, Allan R., "La justicia constitucional en la Constitución venezolana de 1999", en Eduardo FERRER (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2ª. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, 2001.
- CARPISO, Jorge, "La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional", *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 28, julio-agosto de 1982.
- CASTAGNO, Antonio, *Control preventivo de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- CORZO, Édgar, "Comentario al Amparo en Revisión 1.475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000.
- CRUZ, Jorge A., "La aplicación de los tratados internacionales por los tribunales judiciales", en VV.AA., *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, IJ-UNAM, The American Society of International Law, 1997.
- DE LA GUARDIA, Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.

- FERRER, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.
- FIX, Héctor y Sergio LÓPEZ, “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en VV.AA., *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, IIJ-UNAM, The American Society of International Law, 1997.
- FLORES, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México, UNAM, 1969.
- MARIÑO, Fernando M., *Derecho internacional público. Parte general*, 2ª. ed., Madrid, Trotta, 1995.
- ORDÓÑEZ, José Emilio R., “La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT”, *Cuadernos Constitucionales México - Centroamérica*, núm. 30, 1998.
- OYARTE, Rafael, *Derecho constitucional*, 2ª. ed., Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- QUINCHE, Manuel, *El control de constitucionalidad*, Bogotá, Ibáñez, Universidad Javeriana, 2014.
- RAMELLI, Alejandro, “El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007.
- ROA, Emmanuel, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”, en Diego VALADÉS y Rodrigo GUTIÉRREZ (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* [‘Justicia’], t. I, México, IIJ-UNAM, 2001.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, 4ª. ed. alemana en colaboración con Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 5ª. ed. española, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974.

Felipe de la Mata Pizaña* (México)
Alfonso Herrera García** (México)

Carácter irreformable del derecho de acceso a la jurisdicción en el sistema interamericano de derechos humanos

RESUMEN

Este trabajo revisa los elementos mínimos que caracterizan el derecho de acceder a la función o protección judicial en un sistema procesal de signo democrático. Para ese propósito, se acude a los referentes normativos del sistema interamericano de derechos humanos sobre este tema. Tal ejercicio dogmático nos permite elaborar una defensa doctrinal de las estructuras procesales que resultan irreductibles en un determinado diseño institucional. La tesis central en esta reflexión es que el control de convencionalidad constituye una clave de corrección en nuestros sistemas procesales, a partir de la caracterización de dos derechos humanos: el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a la doble instancia judicial, a efectos de controvertir cualquier acto de autoridad que afecte derechos o imponga obligaciones a las personas.

Palabras clave: acceso a la jurisdicción, control de convencionalidad, sistema interamericano de derechos humanos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht die Mindestanforderungen an den Anspruch auf Rechtsschutz in einem demokratischen Prozessrecht. Dazu wird auf die Referenzbestimmungen des Interamerikanischen Menschenrechtssystems zum Thema Bezug genommen.

* Doctor en Derecho de la Universidad Panamericana y de la Universidad de Castilla-La Mancha. Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. fdelamata.pizana@te.gob.mx; Twitter: @fdelamatap

** Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Investigador nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Integrante del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. jalfonso.herrera@gmail.com; Twitter: @jAlfonsoHerrera

Dieser dogmatische Ansatz ermöglicht uns die Ausarbeitung einer grundsätzlichen Verteidigung der Prozessstrukturen, die für ein bestimmtes Institutionengefüge unverzichtbar sind. Die zentrale These dieser Überlegungen besagt, dass die Überprüfung der Vertragskonformität ein Schlüsselement für das korrekte Funktionieren unseres Prozessrechts darstellt. Dabei geht sie von der Beschreibung zweier Menschenrechte aus: das Recht auf Justizgewährung und das Recht auf einen Rechtsweg in zwei Instanzen, um gegen jeden Verwaltungsakt, der die Rechte von Personen berührt oder ihnen Pflichten auferlegt, Widerspruch einlegen zu können.

Schlagwörter: Justizgewährung, Überprüfung der Vertragskonformität, Interamerikanisches Menschenrechtssystem.

ABSTRACT

This work reviews the minimum elements that characterize the right to access judicial functions or protection in a democratic procedural system. For this purpose, it discusses the normative references of the Inter-American Human Rights System on this matter. Such a dogmatic exercise allows us to elaborate a doctrinal defense of the procedural structures that are irreducible in a given institutional design. The central thesis of this reflection is that the control of conventionality constitutes a key element of correction in our procedural systems, based on the characterization of two human rights: the right of access to the courts, and the right to judicial review, in order to challenge any act of authority that affects rights or imposes obligations on people.

Key words: Access to the courts, control of conventionality, Inter-American Human Rights System.

1. Planteamiento de la cuestión

El propósito de este trabajo es ofrecer argumentos que pongan sobre la mesa los elementos mínimos del derecho de acceso a la función o protección judicial en un sistema procesal de signo democrático. Dentro de los distintos caminos para conseguir ese objetivo, hemos elegido acudir a los referentes normativos establecidos en el sistema interamericano de derechos humanos sobre este tema. Desde una perspectiva judicial, pero también académica, tomar como referencia el sistema interamericano tiene una racionalidad de doble peso: nuestro país, México, es uno de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹ y reconoció, además, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²

¹ México ratificó la (CADH) mediante instrumento de adhesión recibido en la Organización de Estados Americanos (OEA) el 24 de marzo de 1981. El decreto respectivo se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

² El instrumento de aceptación lo firmó el entonces presidente Ernesto Zedillo el día 9 de diciembre de 1998 y fue depositado ante el Secretario General de la OEA el 16 de diciembre, de conformidad con el artículo 61.2 de la Convención Americana.

La trascendencia jurídica del sistema interamericano en nuestro ordenamiento resulta incuestionable, si además tomamos en consideración que el artículo 1 de nuestra propia Constitución encumbra la condición de ausencia de jerarquía normativa entre las normas internacionales y las constitucionales de derechos humanos. De esta manera, se constituye un bloque normativo superior en esta materia, aunque una restricción constitucional expresa prevalezca, en caso de conflicto.³

Este ejercicio dogmático nos permitirá elaborar una defensa doctrinal de las estructuras procesales que resultan irreductibles, encontrándose presentes en un diseño institucional. La tesis central en esta reflexión será que el control de convencionalidad constituye una clave de corrección en nuestros sistemas procesales, a partir de la caracterización de dos derechos humanos esenciales: el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a la doble instancia judicial, a efectos de controvertir cualquier acto de autoridad que afecte derechos o imponga obligaciones a las personas.

2. El acceso al poder judicial en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

A partir del inicial planteamiento que hemos realizado, no es finalidad de esta reflexión apelar a los fundamentos teóricos e históricos del poder judicial en la doctrina de la división de poderes, tan ampliamente desarrollados por la doctrina constitucionalista y, cada vez con mayor vigor, en la internacional de los derechos humanos.⁴ La mucho más modesta cuestión que planteamos aquí es cuál es la normatividad que rige el derecho de acceso al poder judicial en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Acceder a un análisis judicial de toda cuestión jurídica

³ La inédita jurisprudencia, hoy vigente, de la Suprema Corte a este respecto es muy conocida. Para la Corte, “las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material”. Véase la jurisprudencia P./J. 20 de 2014, de rubro “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.

⁴ Para una referencia conceptual sobre el poder judicial en el constitucionalismo, véase Alfonso Herrera y Javier García, “Poder Judicial”, en *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas e instituciones*, t. III, México, SCJN, 2010, pp. 1323-1326; “Poder judicial”, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Eduardo Ferrer, Fabiola Martínez y Giovanni A. Figueroa (coords.), t. II, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal / UNAM-IIIJ, 2014, pp. 1007-1009.

controvertida es una primera y fundamental manifestación del complejo derecho al debido proceso. Esto es efectivamente así en cualquier explicación estándar acerca de los orígenes de la teoría de la división de poderes, porque es una cuestión inescindible de la existencia misma del poder judicial.

Pero, ¿por qué también ello sigue siendo efectivamente así, incluso con más ahínco, desde una óptica interamericana y, por tanto, contemporánea de los derechos humanos? Básicamente, porque de la versión institucionalista subyacente al origen del poder judicial, en la era de los derechos, ese acceso se ha convertido en un derecho nuclear para todas las personas que se someten a un proceso para dirimir sus controversias.

La CADH cuenta con dos preceptos torales al respecto: los derechos contenidos en los artículos 8 y 25, cuyo análisis conjunto es infaltable en la abrumadora mayoría de los casos contenciosos ante la Corte IDH. El artículo 8 de la Convención (garantías judiciales), en su párrafo 1, dispone:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, *o para la determinación de sus derechos y obligaciones* de orden civil, laboral, fiscal *o de cualquier otro carácter*. (Énfasis agregado)

En similares términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en su artículo 14.1 dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un *tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella *o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil*” (énfasis agregado).

Nótese que, como en otros supuestos, la CADH desarrolla con mayor amplitud el derecho a ser oído por un tribunal para la determinación de sus derechos y obligaciones. El Pacto le atribuye a este derecho un carácter *civil*. La CADH agrega que el derecho a ser oído por los tribunales, con todas las garantías, puede verificarse en otros órdenes, tales como el laboral, fiscal “o cualquier otro carácter”. Este complemento normativo ha resultado de extraordinaria importancia en la jurisprudencia interamericana.

Por otro lado, el artículo 25 de la Convención (protección judicial), en su párrafo 1, establece:

Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes*, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Énfasis agregado)

En estos aspectos, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus incisos *a* y *b* dispone que cada uno de sus Estados parte se compromete a garantizar que “toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados *podrá interponer un recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales”. Inmediatamente después establece que “la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”.

Por supuesto, en el orden interno mexicano, la Constitución Federal, desde su origen en 1917, y tras consecutivas reformas, aun en su texto vigente en 2018, establece en su artículo 17 esencialmente el mismo derecho a ser oído por un tribunal. Los términos de nuestro artículo constitucional son: “Toda persona tiene *derecho a que se le administre justicia por tribunales* que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial” (énfasis agregado).

Ahora bien, a partir de las anteriores disposiciones sobre las garantías judiciales internacionales e interamericanas, la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre elementos centrales del derecho a ser oído por un tribunal es abundante. Una vertiente de desarrollo de esa línea es, por ejemplo, la garantía de independencia y autonomía de los jueces. En sintonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al que recurrentemente cita en este aspecto, la Corte IDH apunta tres elementos fundamentales de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, inamovilidad en el cargo y garantía contra presiones externas.⁵ También ha elaborado una triple faceta de la independencia judicial: a) la institucional; b) la personal, como prerrogativa de los propios jueces; y c) el derecho de los justiciables, y consecuente derecho a una tutela judicial efectiva.

El interés de nuestra discusión se concentra especialmente en la tercera de esas vertientes: ¿por qué acceder al poder judicial es un derecho esencial de las personas implicadas en una controversia de tipo jurídico? Parte fundamental de la respuesta a ese interrogante se encuentra en que la CADH, en particular, y el derecho internacional de los derechos humanos, en general, postulan un concepto robusto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. Esto, en otras palabras, significa que toda determinación de derechos y obligaciones de una persona exige un control, sin que en esa labor del Estado pueda verificarse una denegación de justicia. En ese sentido, hay opiniones autorizadas en cuanto a considerar que la indisociabilidad

⁵ Véanse, como representativos ejemplos de ello: las sentencias de la Corte IDH: Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 71, párr. 75; Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 268, párr. 82.

de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención construye un genuino derecho de *ius cogens* en el orden internacional que, en consecuencia, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección.⁶

También quiere decir que la determinación de derechos y obligaciones, en cualquier situación controversial, no puede quedar en ningún caso exenta de su revisión por un órgano que imparta justicia. Esto es, no puede quedar en manos de una autoridad ajena a la función jurisdiccional (como pueden ser las administrativas formal y materialmente consideradas), pues ello implicaría, de nuevo, una denegación de justicia prohibida por la Convención: un estado de cosas contrario a las exigencias de los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de justicia.⁷

La centralidad de contar con un *juez natural*, como lo llama la Corte IDH, ha sido caracterizada por esta como un presupuesto o precondition del debido proceso. La ausencia de un órgano de enjuiciamiento dotado de las características a las que se refiere el artículo 8.1 de la Convención entrañaría una violación total del debido proceso. Inclusive, la constatación de esa ausencia haría innecesario examinar la violación específica de otros derechos recogidos en ese artículo, pues detona de raíz una violación flagrante al presupuesto del debido proceso.⁸

Otra razón que robustece esta tesis en el ámbito interamericano es la consideración de la Convención en el sentido de que las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos que no pueden suspenderse (derechos que pueden considerarse parte del núcleo duro de los derechos interamericanos) tampoco pueden derogarse. Esta disposición de la Convención (que la Constitución mexicana replica literalmente desde su reforma el 10 de junio de 2011, en su artículo 29) encumbra a estas garantías judiciales a la máxima trascendencia normativa posible en un ordenamiento.⁹

⁶ Sobre este aspecto, véanse los votos que acompañó el juez de la Corte IDH Antônio Augusto Cançado Trindade en Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 140, párrs. 64 y ss.; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146, párrs. 53 y ss.; Caso Baldeón García vs. Perú, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C, núm. 147, párrs. 7 y ss. Más tratamientos sobre el carácter de *ius cogens* del derecho de acceso a la justicia pueden encontrarse en: Florabel Quispe, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 534-581; Paola Andrea Acosta, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2007, pp. 88-114.

⁷ Un argumento similar respecto del supuesto del control judicial previo de actuaciones del Ministerio Público frente a interferencias al derecho a la privacidad se recoge en Alfonso Herrera, “Geolocalización de teléfonos móviles y derecho a la privacidad”, *El juego de la Suprema Corte*, blog de la revista *Nexos*, 20 de enero de 2014.

⁸ Cfr. Sergio García, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, p. 26.

⁹ Para una elaboración dogmática sobre el contenido normativo y alcances del artículo 29 constitucional y 27 convencional, véanse Eduardo Ferrer y Alfonso Herrera, “Artículo 29”

Finalmente, hay otro argumento para considerar el carácter extraordinariamente esencial del control judicial de las decisiones que buscan afectar los derechos y obligaciones de las personas: el mandato generado en la jurisprudencia de la Corte IDH de que todos los jueces deben realizar un control de convencionalidad difuso *ex officio* en materia de derechos humanos (en sus últimas interpretaciones, incluso estableciéndose que ese control no debe ser indiferente para cualquier autoridad pública¹⁰). Con estas bases, se cierra –a nuestro juicio, contundentemente– la idea de que la aplicación de los derechos espera, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, un control judicial de los actos de las autoridades, de cara a las obligaciones interamericanas de los Estados parte del sistema.

Dicho todo lo anterior, debe aclararse que no es propósito de estas páginas analizar los criterios excepcionales construidos en el sistema interamericano para considerar satisfecha la subsidiariedad cuando no hay un acceso efectivo a un órgano jurisdiccional, como ocurre, por ejemplo, en casos de demora injustificada del ministerio público en una investigación penal, que configuraría una excepción al principio de agotamiento de las vías internas para efecto de acceder al sistema interamericano.¹¹ Llamamos la atención en el sentido de que la importancia de casos como esos se cifra en la relevancia de la denegación de justicia como violación interamericana en una fase previa a la determinación judicial, y no propiamente en la relevancia de negar el derecho formal y material a ser oído por un tribunal, que es la circunstancia que aquí interesa, aunque, por supuesto, este aspecto también se vea involucrado necesariamente en ese primer conjunto de casos.

3. ¿Existe un derecho fundamental a recurrir los fallos y a acceder a medios jurisdiccionales de impugnación o doble instancia judicial?

Una vez establecido que toda decisión de autoridad debe estar sometida a una determinación judicial para el análisis de su juridicidad, emerge una cuestión distinta:

[comentario], en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. VII, secc. 3, México, Cámara de Diputados, SCJN, TEPJF, CNDH, INE, Senado de la República, IJ-UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 669-694; “La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos”, *ibid.*, t. V, secc. 2: Transversalidad constitucional con prospectiva convencional, pp. 925-947.

¹⁰ Es representativa, por ser pionera en ese sentido, la Sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, en especial, párr. 239).

¹¹ Al respecto, véanse las consideraciones de Juana María Ibáñez Rivas, “Artículo 25. Protección judicial”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Christian Steiner y Patricia Uribe (coords.), México - Bogotá, SCJN / Konrad Adenauer Stiftung, 2014, en especial, pp. 615-618.

si toda decisión judicial debe ser sujeta, a su vez, al análisis de otra determinación igualmente judicial, en una instancia orgánica posterior. El interrogante ahora planteado es si en los ordenamientos de derechos humanos existe, o no, un derecho a acceder a un medio de impugnación de una resolución judicial inicial. La respuesta positiva a esta pregunta equivaldría a la existencia de un derecho fundamental a recurrir o a impugnar el fallo o a la doble instancia judicial.

En este campo, en la franja de las cuestiones indisputadas tenemos que el derecho internacional (no solo el interamericano) exige la presencia, en todo ordenamiento interno, de un derecho a impugnar una sentencia condenatoria de carácter penal. El artículo 8.2, inciso *h*, de la Convención Americana dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*” (énfasis agregado). Por su parte, menos prolijamente, el artículo 14.5 del Pacto dispone que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

A partir de este bloque de preceptos esencialmente coincidentes, el derecho internacional de los derechos humanos postula la obligatoriedad de un derecho ciertamente infranqueable, aplicable a la materia procesal penal: ningún condenado puede carecer de su derecho a impugnar su condena.¹² Pero, ¿cómo se manifiesta esa segunda instancia judicial en otras materias, diferentes a la penal, en términos del orden internacional de derechos humanos?

El Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé excepciones al derecho a recurrir el fallo incluso en contra de una condena penal, de acuerdo con su Protocolo 7, artículo 2. Este precepto dispone que el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal “podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución”.¹³ A diferencia de su contraparte europea, el sistema interamericano no establece excepciones explícitas a este derecho.

En el derecho constitucional comparado pueden encontrarse distintas interpretaciones de tribunales constitucionales y supremos que incluyen o excluyen el

¹² La Corte IDH se refirió a ello, por ejemplo, en: Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 206, párr. 84; Caso Mohamed vs. Argentina, Sentencia de 23 noviembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 255, párr. 93.

¹³ Cfr. Coral Arangüena, “El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (art. 2 P7)”, en VV.AA., *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), Madrid, CEPC, 2005, pp. 277-298.

derecho a la impugnación en el debido proceso no penal.¹⁴ En relación con el derecho a recurrir los fallos no penales, en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que este no es exigible en todas las materias.¹⁵ En España, bajo el sistema europeo, el Tribunal Constitucional ha negado que la tutela judicial efectiva incluya el otorgamiento del derecho a recurrir resoluciones judiciales adversas, de nuevo, con excepción del proceso penal, con fundamento en el artículo 14.5 del Pacto.¹⁶

Ahora bien, volviendo a la jurisprudencia interamericana, esta es pacífica en considerar el ensanche de las garantías contenidas en el artículo 8.1 (como el derecho a ser oído) a todo tipo de procedimientos, incluso no técnicamente jurisdiccionales. Pero no es tan claro el traslado de la exigibilidad de las garantías establecidas en el artículo 8.2 a otros procesos judiciales distintos al penal –como los de carácter sancionatorio–, incluida la relativa al derecho del inciso *h*, esto es, a recurrir los fallos judiciales. La Corte IDH ha admitido la aplicabilidad de diversas garantías mínimas contenidas en el artículo 8.2 de la Convención a juicios políticos, procedimientos administrativos conducidos por el poder ejecutivo y procedimientos administrativos migratorios,¹⁷ sin que en estos supuestos se haya hecho referencia necesariamente al derecho específico que nos ocupa. Sin embargo, ello ya por sí mismo demuestra la vocación expansiva de los distintos extremos del derecho a la defensa y al debido proceso legal.

Lo que podemos hallar en la CADH respecto al derecho al doble grado jurisdiccional es una omisión, más allá –como se ha visto– del mencionado mandato explícito de impugnabilidad de la condena penal. No obstante, la jurisprudencia de la Corte ha aportado argumentos para considerar la aplicabilidad del derecho a recurrir el fallo judicial en materias *no penales*. La Corte IDH ha señalado que “no es *per se* contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno

¹⁴ Un recuento de criterios relevantes sobre el tema en Argentina, Colombia, Costa Rica y México se encuentra en José Antonio Caballero Juárez, *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*, México, SCJN / Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014, pp. 139-145.

¹⁵ Véase la Sentencia de 4 de marzo de 2010 sobre la acción de inconstitucionalidad 22/2009, donde la Suprema Corte determinó que “de la literalidad del artículo 17 constitucional no se advierte disposición alguna que exija expresamente la existencia de una doble instancia o de un sistema de recursos. Sólo en materia penal hay una obligación clara en tal sentido, no como consecuencia de una norma constitucional directa, sino de lo dispuesto en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales exigen que todo fallo condenatorio pueda ser recurrido ante un juez o tribunal superior” (p. 55). Énfasis agregado.

¹⁶ Cfr. Luis María Díez, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 412.

¹⁷ Eduardo Ferrer, “La aplicación extensiva de las garantías judiciales penales: un ejercicio de derecho comparado para el sistema interamericano de derechos humanos y México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 27-28, enero-diciembre de 2016, p. 71.

de los Estados que, en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación”.¹⁸

Empero, respecto a si el derecho a recurrir el fallo hace parte, o no, del debido proceso, en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica la Corte también señaló razonamientos generalizadores. Expuso que este derecho debe permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, que procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho. Además, estimó incluido un estándar de oportunidad: la interposición de un recurso contra un fallo debe garantizarse antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.¹⁹ Asimismo, la Corte consideró que este derecho busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que se adopte en un procedimiento viciado y que contenga errores, en perjuicio indebido de los intereses de una persona.²⁰

Finalmente, en la doctrina incluso hay voces que se pronuncian a favor de la obligación de los Estados parte de instrumentos de derechos humanos de reconocer el derecho a la doble instancia, en general, en la materia troncal del proceso, como es la civil. Ello, en la medida en que ningún proceso está exento de que aparezcan errores u omisiones en la administración de justicia que tiene lugar en cualquier clase de procesos, y porque admitir su carácter irrevisable iría en contra de la noción del juicio justo en todas las materias.²¹

4. ¿Existe un derecho fundamental de acceso a la justicia constitucional o al control de constitucionalidad de las leyes?

Otra pregunta que surge de la discusión que estamos planteando es si en los ordenamientos jurídicos de derechos humanos podemos extraer un derecho de acceso a la jurisdicción constitucional. Nótese que la cuestión que en este momento emerge

¹⁸ Así, por ejemplo, en Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233, párr. 120. Acá llama la atención que incluso se analizaba el derecho a recurrir una decisión sancionatoria en procedimientos administrativos, que concluyeron con una determinación de responsabilidad y sanciones de multa, en perjuicio de la presunta víctima.

¹⁹ Véase Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, párrs. 158 y 161. Asimismo, los casos arriba citados: Mohamed vs. Argentina, párr. 97; Barreto Leiva, párr. 42; y Corte IDH, Caso Vélez Lóor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 218, párr. 179.

²⁰ Cfr. Ferrer, *op. cit.*, p. 69; Elizabeth Salmón y Cristina Blanco, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, pp. 243-245.

²¹ En ese sentido, por ejemplo, Quispe, *op. cit.*, pp. 436-439.

no es si debe tutelarse, o no, un acceso a la jurisdicción (ordinaria) o a la revisión de esa decisión que en una primera instancia emita esa jurisdicción (cuestiones analizadas en los apartados anteriores). El interrogante ahora relevante es si, además, una decisión judicial debe ser controlada por una instancia dedicada al control de la constitucionalidad de las leyes, o bien, si esa misma decisión judicial debe llevar ínsito dicho control.

La Corte IDH siempre ha sostenido que, en términos de la Convención, esta no impone a los Estados la obligación de establecer un determinado modelo de control de constitucionalidad ni de convencionalidad. Se trataría de un tema cuya configuración está en un margen de apreciación nacional, entendido como un ámbito legítimo de decisión interna que escapa al régimen internacional de obligaciones de los Estados. No hay una suerte de obligación internacional de definir un determinado esquema de control de las normas jurídicas frente a cada constitución (control de constitucionalidad) o frente a la Convención Americana o al resto de los instrumentos internacionales de los cuales el respectivo país es parte (control de convencionalidad).²²

Sin embargo, hay que aclarar inmediatamente que lo anterior no significa que no exista para los Estados la obligación de disponer lo necesario para que, a través de la función jurisdiccional, se permita la invalidez de los actos del poder público contrarios a la Convención, incluidos los actos legislativos. Ello significa que sí existe un deber internacional de propiciar que las estructuras judiciales y administrativas apliquen los derechos de la CADH, es decir, realicen un control difuso de convencionalidad de todo acto de autoridad. De esta manera, en esa caracterización del control de convencionalidad, cuando se trata de derechos equivalentes a los previstos en la constitución, se mezclan con el espectro del control de constitucionalidad.

Por lo anterior, en nuestra opinión, todos los actos deben ser sujetos de control de constitucionalidad y convencionalidad: constituye un principio intrínseco a considerar que dichos actos de autoridad deben ser conformes con el bloque supremo de los derechos humanos, que además tiene un sustento reforzado en el propio artículo 1, párrafo primero, de la Constitución federal.

Así, el derecho a la justicia constitucional, esto es, a contar con órganos judiciales que se encarguen de la supervisión de derechos constitucionales que guarden equivalencia con los derechos protegidos por la Convención Americana, resulta igualmente irreductible. De este modo, existe una suerte de derecho al control de constitucionalidad y convencionalidad difuso *ex officio*, con independencia de si en la estructura procesal hay un órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, que sería solo una opción legislativa en manos de los propios Estados parte. La Corte IDH prácticamente consideró la existencia de un derecho

²² Véase, por todos, Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 276, párr. 124.

a cuestionar la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, por ejemplo, en materia de derechos políticos y condenó al Estado mexicano por no contar con las vías de impugnación judicial adecuadas para posibilitar esa función, de tal manera que se atendiera el derecho de acceso a la jurisdicción y así diera respuesta a ese alegato de Jorge Castañeda Gutman, en su Sentencia del 6 de agosto de 2008 a propósito de dicho caso.²³

Como es sabido, la reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007 incorporó la facultad explícita del Tribunal Electoral para inaplicar leyes en casos concretos, cuando estas se revelen contrarias a la Constitución federal,²⁴ facultad que se ha visto fortalecida con la interpretación posterior de la Suprema Corte a la reforma constitucional de 2011, al reconocer el control difuso en materia de derechos humanos en la resolución al expediente varios 912 de 2010 (recepción del Caso Radilla).²⁵ El esquema de control de constitucionalidad en materia electoral y las reformas al ordenamiento en ese sentido y al contexto general del control las validó la propia Corte IDH al emitir la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso Castañeda Gutman vs. México, del 28 de agosto de 2013.²⁶ En consecuencia,

²³ Cfr. Felipe de la Mata, *Control de convencionalidad de los derechos político-electorales del ciudadano*, México, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 700-702; Alfonso Herrera, "Instrumentos de tutela nacional e interamericana de protección jurisdiccional a los derechos político electorales", en Felipe de la Mata y Clicerio Coello (coords.), *Tratado de derecho electoral*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 615-619.

²⁴ Cfr. Alfonso Herrera, "México: Control de constitucionalidad y leyes electorales", *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, núm. 4, enero-junio 2009, pp. 36-40; Alfonso Herrera y Salvador Andrés González, "Control de constitucionalidad al caso concreto. La inaplicación de leyes en materia electoral", en Clicerio Coello Garcés (coord.), *Derecho procesal electoral. Esquemas de legislación, jurisprudencia y doctrina*, México, Tirant lo Blanch, 2015, cap. 14, pp. 313-328.

²⁵ Sin embargo, cabe señalar que con posterioridad a ese expediente se puede constatar una evolución problemática de la noción del control difuso en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Se trata de evidenciar esta circunstancia, respecto de uno sus extremos, en el ensayo de Alfonso Herrera García, "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 y Alfonso Herrera (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, t. II, México, UNAM / IJ, 2017, pp. 299-316.

²⁶ Resulta de especial interés la conclusión de la Corte IDH en esta resolución, en cuyo párrafo 27 se leen los siguientes términos: "Por tanto, teniendo en cuenta: (i) la aplicación de la reforma constitucional de 2007; (ii) la reforma de la Ley de Impugnación Electoral y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por la cual se estableció a nivel legislativo la competencia de los tribunales electorales para examinar la constitucionalidad de las normas electorales en los casos concretos; (iii) los precedentes judiciales aportados que evidencian una práctica judicial consecuente con lo ordenado en la sentencia, en cuanto a la necesidad de garantizar la accesibilidad y efectividad del juicio para la protección de los derechos político-electorales de candidatos independientes; (iv) la reforma constitucional de 2011, que estableció la obligación de interpretar las disposiciones relativas a derechos humanos conforme al principio pro persona, unida a (v) la interpretación al respecto de la Suprema

derivado de estas premisas, es en todo caso imposible pensar en un cumplimiento de la Convención Americana, sin considerar instancias judiciales que la hagan efectiva y que, al entremezclarse con contenidos de derechos establecidos en la constitución, hacen que también se vuelvan obligatorios en términos del control de constitucionalidad.

Una tarea que probablemente se encuentre pendiente de definición en este tema es que, siendo el control de convencionalidad obligatorio en modalidad difusa, el de constitucionalidad, en el derecho comparado, puede tener distintas configuraciones procesales y realizarse a través de todos los jueces (modalidad difusa) o a través de un tribunal supremo en el concierto de los poderes públicos, llámense suprema corte de justicia, tribunal constitucional al estilo kelseniano o sala constitucional inserta en un tribunal supremo (modalidad concentrada) –versiones institucionales recurrentes de jurisdicción constitucional centralizada que pueden encontrarse en los distintos modelos de la región latinoamericana.²⁷

5. Derecho fundamental al control judicial de los actos de autoridad: el caso de los derechos políticos en la Convención Americana

Para reflejar la operatividad del control judicial en perspectiva interamericana, por tomar un referente de análisis desde la Convención, recurramos al caso de los derechos políticos. El sistema interamericano de derechos humanos impone obligaciones internacionales al Estado mexicano en esta materia y, por tanto, a su aparato institucional. Los derechos políticos son objeto de protección en virtud del artículo 23 de la Convención. Estos derechos son considerados como insuspendibles en estados de excepción o de emergencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Convención, así como en el 29 constitucional. Ello impacta en su categorización como derechos de la más elevada trascendencia, por formar parte del núcleo duro irreductible de derechos, en un Estado constitucional.

El sistema interamericano incide en el ámbito de actuación de la especialización jurídico-electoral mexicana en la medida en que los actos de los órganos administrativos y jurisdiccionales de esta materia no están exentos de respetar las obligaciones

Corte, por la cual los tribunales nacionales tienen la obligación de realizar un control de convencionalidad de oficio y de considerar obligatoria la jurisprudencia de este Tribunal en los casos respecto de México, así como (vi) el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales [...], esta Corte considera que México *ha dado cumplimiento a la medida de reparación relativa a la adecuación de su derecho interno para garantizar a los ciudadanos de forma efectiva el cuestionamiento de la constitucionalidad de la regulación legal del derecho a ser elegido*” (Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, Resolución de 28 de agosto de 2013), Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

²⁷ Véase Néstor Pedro Sagüés, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, en especial, pp. 30-34.

que México ha adquirido para con la tutela de los derechos políticos y también de los derechos procesales inherentes a dicha tutela. Por supuesto, dada la naturaleza de estos derechos, y su general reconocimiento en el artículo 23 de la Convención, sus contornos específicos de protección suelen esperar precisiones conceptuales caso por caso. El contenido a proteger depende de los extremos en que se manifiesta el ejercicio de cada vertiente del derecho político en cuestión. Sin embargo, es claro que su justiciabilidad siempre implica la necesidad de adjudicar derechos u obligaciones a personas en lo individual o a personas jurídicas de derecho público –como pueden ser los partidos políticos– o incluso de derecho privado. Los actos de las autoridades electorales mexicanas, en la medida en que pueden violentar derechos políticos protegidos por la Convención o denegar sus mecanismos procesales de tutela, deben pasar por un examen de regularidad para hacerla justamente efectiva frente a ellos.

Lo anterior significa que son aplicables los estándares interamericanos del derecho al debido proceso; específicamente, el derecho de acceso a la jurisdicción y de defensa; tan es así, que fue precisamente ese el motivo de la condena parcial de la Corte Interamericana en contra de México, en el mencionado Caso Castañeda Gutman. Pero, aún más, la violación de la carencia de un recurso judicial efectivo, en términos del artículo 25.1 de la Convención, ha sido causa de responsabilidad internacional en otros casos contenciosos interamericanos en los que se han discutido violaciones de derechos de participación política.

En el muy importante Caso *Yatama vs. Nicaragua* se declaró que el órgano supremo electoral de este país debía estar sujeto a algún control jurisdiccional que permitiera determinar si sus actos habían sido adoptados al amparo de los derechos y las garantías mínimas establecidas en la Convención. Al advertir la inexistencia de un recurso judicial contra la decisión que había adoptado el Consejo Supremo Electoral en el sentido de negar la inscripción de candidaturas a la organización indígena Yatama, dicha decisión no pudo ser revisada en sede judicial, de conformidad con el artículo 8.1. Por ello, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de Nicaragua por la violación del artículo 25.1 de la Convención (en relación con sus artículos 1.1 y 2), en perjuicio de los candidatos propuestos por Yatama para participar en las elecciones municipales de 2000.²⁸

En el Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, la Corte IDH también condenó al Estado por una problemática de interés a estos respectos. El señor Leopoldo López Mendoza, aspirante a la alcaldía del Estado Mayor de Caracas, no pudo presentarse como candidato debido a dos sanciones de inhabilitación que le fueron impuestas por el Contralor General de la República en el marco de dos procesos administrativos. En este asunto, la víctima sí presentó, conforme al ordenamiento interno, recursos judiciales orientados a revertir las decisiones de inhabilitación. Pero la Corte

²⁸ Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127, párrs. 173 a 175.

concluyó que dichos recursos no cumplieron con dar respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho a ser elegido y que pudiera salvaguardar las exigencias mínimas del deber de motivación en los procesos que derivaron en esas sanciones. Por esa razón, determinó la violación del derecho a la protección judicial establecido en el artículo 25.1 de la Convención (en relación con sus artículos 1.1, 8.1, 23.1b y 23.2). Esto es, para la existencia de un recurso efectivo no basta con su previsión en las normas o con que sea formalmente admisible, sino que debe ser idóneo para estar en condiciones de establecer si se incurrió, o no, en una violación.²⁹

Por otro lado, en esta temática deben considerarse bajo necesario control de la convencionalidad también los actos que desplieguen los partidos políticos en su vida institucional interna. Por supuesto, dada la dinámica de la revisión de la regularidad de los actos de los partidos, llámense normas reglamentarias o actos individuales que afecten derechos u obligaciones de sus militantes, por ejemplo, estos tienen una vía de impugnación administrativa ante institutos electorales de carácter administrativo. Sin embargo, en virtud del principio de protección judicial, las determinaciones de los partidos y de la instancia administrativa posterior (de cualquier nivel de competencia) carece todavía en esa instancia de la naturaleza jurisdiccional que, como hemos visto, es exigible al control de todo acto que afecte derechos y obligaciones de las personas.

Por poner un representativo ejemplo en ese sentido, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) en México consideró que el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano resultaba procedente ante el Tribunal por violaciones de los derechos de los militantes de los partidos. En su momento, ello implicó una interrupción y un cambio, en contrario, de su jurisprudencia. El TEPJF fundó esa nueva interpretación, entre otras razones, justamente en el alcance efectivo del derecho a la jurisdicción establecido en el artículo 17 constitucional, además de que se estimó que los derechos políticos no son oponibles solamente a las autoridades, sino también a los propios partidos, en cuanto sujetos detentadores de poder, que los coloca en una situación jurídica preponderante frente a los ciudadanos. Por lo demás, este criterio resultó a la postre de suma relevancia como factor de cambio constitucional, pues una posterior reforma del artículo 99, párrafo cuarto, fracción V *in fine*, de la Constitución Federal (del 13 de noviembre de 2007, ya citada), expresamente reconoció la procedencia de ese juicio para combatir actos y resoluciones de los partidos que violen los derechos de los afiliados, con la precisión de que deben agotarse previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas.³⁰

²⁹ Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, cit., párrs. 184-185. Para consideraciones sobre estos dos últimos casos, véase De la Mata, *Control de convencionalidad*, op. cit., pp. 697-700, 703-704.

³⁰ Sobre este tema, véase Felipe de la Mata, "La evolución de la tercera época de jurisprudencia electoral en materia de defensa jurídica de los derechos del militante", *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, núm. 5, junio-noviembre 2010, pp. 30-40; "La protección

6. Consideraciones conclusivas: la irreformabilidad de la revisión judicial de los actos de autoridad como derecho protegido por la Convención Americana

Llegados a este punto, estimamos conducente realizar las siguientes consideraciones conclusivas. La *primera* es la vigorosa dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, no solo desde una perspectiva normativa, sino desde una consecuente jurisprudencial. El ordenamiento jurídico que ha diseñado vías de acceso a la jurisdicción para la revisión de actos de la autoridad administrativa o de cualquier otro carácter ha cumplido con una garantía obligatoria exigida por el derecho interamericano de acceso a la jurisdicción, y ha creado una estructura de control que resulta irreductible a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH. De acuerdo con lo mostrado en este ensayo, no puede soslayarse la impugnabilidad de los actos de administración, y aun de primeras instancias judiciales, sobre controversias derivadas de derechos políticos, por ejemplo. Ningún acto puede sustraerse del tamiz jurisdiccional al que obliga el ordenamiento interno e internacional de los derechos humanos, máxime cuando ello implica la determinación de derechos y obligaciones, como se dispone en el artículo 8.1 de la Convención. Además, el régimen interamericano ha construido una vocación expansiva del derecho a la defensa y contempla el derecho a impugnación judicial para las condenas penales. La Convención Americana no contiene restricciones expresas al derecho a recurrir los fallos judiciales en esta ni en otras materias. En cambio, sí lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, incluso en materia penal, como se ha visto en este ensayo.

La instancia judicial es irreformable en estos términos, y la doble instancia judicial resulta irreductible, de cara a las obligaciones de México frente al derecho internacional. Así, en el caso de los derechos políticos que se ha analizado, la carencia de medios judiciales de impugnación para dirimirlos ya ha sido motivo de condena parcial al Estado mexicano por parte de la Corte IDH en el Caso Castañeda Gutman. La resolución sobre la supervisión al cumplimiento de la sentencia interamericana en este caso, de 28 de agosto de 2013, es un evidente ejemplo de cómo se ha ejercido un genuino control de convencionalidad de la propia Constitución mexicana y del régimen legal reformado, tras la sentencia de fondo en ese caso. Ello, porque esa condena internacional en contra de nuestro país ordenó ajustes normativos internos como medida de reparación.

Una *segunda consideración* es la obligatoriedad del control judicial de vulneraciones a ciertos derechos fundamentales en el caso de derechos insuspendibles en

de los derechos político-electorales de los ciudadanos y los militantes de un partido político”, en José Alejandro Luna (coord.), *Sistema de justicia electoral mexicano*, México, Porrúa / Universidad Panamericana, 2011, pp. 273-317, en especial pp. 297-305; y Felipe de la Mata, con la colaboración de María de Guadalupe Salmorán, *Manual del sistema de protección de los derechos político-electorales en México*, México, Porrúa / Universidad Panamericana, 2012, pp. 97-112.

Estados de emergencia o de excepción, que la Convención caracteriza en su artículo 27 y la propia Constitución mexicana en su artículo 29. En efecto, de conformidad con el instrumento internacional y nuestra propia Ley Fundamental, hay derechos que no pueden sufrir suspensión extraordinaria alguna y, por tanto, pertenecen al núcleo de los derechos convencionales insuspendibles, de acuerdo con esa encumbrada posición en el ordenamiento jurídico. Pero además hay garantías judiciales indispensables para tutelar esos derechos insuspendibles, que, a su vez, también son inderogables, de conformidad con ese máximo bloque normativo. Así, ambos órdenes de derechos pertenecen a un núcleo duro irreformable (es el caso, de nuevo, de los derechos políticos y de sus medios de impugnación).

Una *tercera consideración* es la irreformabilidad de la revisión judicial de los actos y resoluciones de las autoridades públicas hecha con base en la aplicación del principio de progresividad, que la propia Constitución mexicana establece en su artículo 1, párrafo tercero. En atención a este principio (en su vertiente de no regresividad de las garantías procesales prevaletes), debe considerarse el deber del Estado de mantener inalterables las garantías judiciales mínimas existentes, a favor del debido proceso legal.³¹ Es nuestra convicción que, desde el punto de vista del sistema interamericano, es intocable tanto el derecho a promover inconformidades por los actos de autoridad que se consideren lesivos de derechos u obligaciones de las personas, ante un tribunal formal y materialmente considerado, como el derecho a interponer medios de impugnación prevaletes en un modelo vigente. Se trata de manifestaciones prístinas de la vocación expansiva del derecho a la defensa, y del principio de progresividad en la protección de los derechos.³² Es también consecuencia, en fin, de caracterizar a nuestro Estado como un Estado democrático y constitucional de derecho.

³¹ En este tema son destacables las jurisprudencias 1a./J. 85 de 2017 y 1a./J. 86 de 2017 de la Primera Sala de la Suprema Corte, de rubros: “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas” y “Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los llamados económicos, sociales y culturales”, respectivamente. En esta serie de criterios debe tomarse en cuenta, desde luego, también la jurisprudencia 1a./J. 87 de 2017, de rubro “Principio de progresividad de los derechos humanos. La prohibición que tienen las autoridades del Estado mexicano de adoptar medidas regresivas no es absoluta, pues excepcionalmente éstas son admisibles si se justifican plenamente”.

³² En el caso de los derechos políticos, la conformidad de un sistema procesal al orden internacional depende en buena medida de la toma en consideración de estos cruciales aspectos, que han cobrado carta de identidad en la reciente evolución histórica interamericana, y aun comparada, no solo en América Latina, sino en los sistemas de control existentes en el mundo. Al respecto, resulta muy recomendable la obra colectiva Lucio Pegoraro y Giorgia Pavani (eds.), Sabrina Ragone (coord.), *El guardián de las elecciones. El control electoral en perspectiva comparada*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2015, en especial, pp. 237 y ss.

Bibliografía

- ACOSTA, Paola Andrea, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2007.
- ARANGÜENA, Coral, “El derecho al doble grado de jurisdicción en el orden penal (art. 2 P7)”, en Javier GARCÍA y Pablo SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, CEPC, 2005.
- CABALLERO José Antonio, *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*, México, SCJN, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014.
- DE LA MATA, Felipe, *Control de convencionalidad de los derechos político-electorales del ciudadano*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- _____, “La protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos y los militantes de un partido político”, en José Alejandro LUNA (coord.), *Sistema de justicia electoral mexicano*, México, Porrúa / Universidad Panamericana, 2011.
- _____, “La evolución de la tercera época de jurisprudencia electoral en materia de defensa jurídica de los derechos del militante”, *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral*, núm. 5, junio-noviembre de 2010.
- _____, con la colaboración de María de Guadalupe Salmorán, *Manual del sistema de protección de los derechos político-electorales en México*, México, Porrúa / Universidad Panamericana, 2012.
- DÍEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- FERRER, Eduardo, “La aplicación extensiva de las garantías judiciales penales: un ejercicio de derecho comparado para el sistema interamericano de derechos humanos y México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 27-28, enero-diciembre de 2016.
- FERRER, Eduardo y Alfonso HERRERA, “Artículo 29” [comentario], en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª. ed. conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. VII, secc. 3, México, Cámara de Diputados, SCJN, TEPJF, CNDH, INE, Senado de la República, IJJ-UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 2016.
- _____, “La suspensión de derechos humanos y garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9ª. ed. conmemorativa del centenario de la Constitución de 1917, t. V, secc. 2: Transversalidad constitucional con prospectiva convencional, México, Cámara de Diputados, SCJN, TEPJF, CNDH, INE, Senado de la República, IJJ-UNAM, Miguel Ángel Porrúa, 2016.
- GARCÍA, Sergio, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012.

- HERRERA, Alfonso, “Instrumentos de tutela nacional e interamericana de protección jurisdiccional a los derechos político electorales”, en Felipe DE LA MATA y Clicerio COELLO (coords.), *Tratado de derecho electoral*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- _____, “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 y Alfonso HERRERA (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, t. II, México, UNAM - IIJ, 2017.
- _____, “Geolocalización de teléfonos móviles y derecho a la privacidad”, *El juego de la Suprema Corte*, blog de la revista *Nexos*, 20 de enero de 2014. Disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3519>
- _____, “México: control de constitucionalidad y leyes electorales”, *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, núm. 4, enero-junio de 2009.
- HERRERA, Alfonso y Salvador Andrés GONZÁLEZ, “Control de constitucionalidad al caso concreto. La inaplicación de leyes en materia electoral”, en Clicerio COELLO (coord.), *Derecho procesal electoral. Esquemas de legislación, jurisprudencia y doctrina*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- HERRERA, Alfonso y Javier GARCÍA, “Poder judicial”, *Diccionario histórico judicial de México. Ideas e instituciones*, t. III, México, SCJN, 2010.
- _____, “Poder judicial”, *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, Eduardo FERRER, Fabiola MARTÍNEZ y Giovanni A. FIGUEROA (coords.), t. II, México, Poder Judicial de la Federación - Consejo de la Judicatura Federal / UNAM-IIJ, 2014.
- IBÁÑEZ, Juana María, “Artículo 25. Protección judicial”, en Christian STEINER y Patricia URIBE (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México - Bogotá, SCJN / Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- PEGORARO, Lucio y Giorgia PAVANI (eds.), RAGONE, Sabrina (coord.), *El guardián de las elecciones. El control electoral en perspectiva comparada*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2015.
- QUISPE, Florabel, *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004.
- SALMÓN, Elizabeth y Cristina BLANCO, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.

Óscar Parra Vera* (Colombia)
Mónica Trespalacios Leal** (Colombia)

Desafíos para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos colombianos

RESUMEN

Este artículo identifica algunas situaciones que afectan el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos que, a la vez, constituye una medida de reparación ordenada por la Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos contenciosos contra Colombia. Por medio de este diagnóstico preliminar, fue posible identificar obstáculos en el seguimiento que realiza la Corte IDH, determinados por la generalidad de algunas de las órdenes interamericanas, el tipo de obligación de medio que involucran, y las demoras y dificultades que tiene el tribunal interamericano para conseguir información de calidad que permita valorar su cumplimiento. Por otra parte, las autoridades judiciales en Colombia enfrentan importantes obstáculos en materia probatoria y están inmersas en un contexto de conflicto armado que dificulta su trabajo. Esta aproximación general pretende mostrar la complejidad de administrar justicia en casos de graves violaciones de los derechos humanos desde una perspectiva de política pública, para reflexionar sobre posibles estrate-

* Abogado y máster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, máster en Criminología y Justicia Penal de la Universidad de Oxford. Se desempeñó como abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fue visitante profesional en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; trabajó como becario “Rómulo Gallegos” en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente es magistrado y presidente de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos de la Jurisdicción Especial para la Paz. oscar.parra@jep.gov.co

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. monica.trespalcacios@jep.gov.co

gias diferenciadas, tanto en la Corte IDH como en los Estados, con el objetivo de fortalecer la lucha contra la impunidad.

Palabras clave: obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos; acceso a la justicia, lucha contra la impunidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, supervisión de cumplimiento.

ZUSAMMENFASSUN

Der vorliegende Artikel identifiziert einige Situationen, die der Umsetzung der Verpflichtung entgegenstehen, die Verantwortlichen schwerer Menschenrechtsverletzungen zu ermitteln, sie vor Gericht zu stellen und zu verurteilen, die zugleich eine vom Interamerikanischen Gerichtshof in den gegen Kolumbien anhängigen Verfahren angeordnete Wiedergutmachungsmaßnahme darstellt. Anhand dieser vorläufigen Diagnose war es möglich, Hindernisse bei der Beobachtung durch den IAGMR festzustellen, die durch den allgemeinen Charakter der Anordnungen des Gerichts bedingt sind, aber auch auf die zu ihrer Umsetzung verfügbaren Mittel sowie die Verzögerungen und Schwierigkeiten zurückzuführen sind, vor denen das interamerikanische Gericht bei der Beschaffung zuverlässiger Informationen zur Beurteilung der Umsetzung steht. Andererseits stehen die kolumbianischen Justizbehörden hinsichtlich der Beweismittel vor großen Hindernissen, während sie sich im Umfeld eines bewaffneten Konfliktes bewegen müssen, der ihre Arbeit erschwert. Mit dieser allgemeinen Annäherung soll gezeigt werden, wie vielschichtig sich die Rechtsprechung auf dem Gebiet schwerer Menschenrechtsverletzungen aus der Perspektive der öffentlichen Politik darstellt, um sowohl im IAGMR als auch in den einzelnen Staaten Überlegungen zu möglichen differenzierten Strategien anstellen zu können, mit denen der Kampf gegen die Straflosigkeit verstärkt werden kann.

Schlagwörter: Verpflichtung, die Verantwortlichen schwerer Menschenrechtsverletzungen zu ermitteln, sie vor Gericht zu stellen und zu verurteilen; Justizgewährung, Kampf gegen die Straflosigkeit, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Kontrolle der Umsetzung.

ABSTRACT

This article identifies some situations that affect compliance with the obligation to investigate, prosecute and punish those responsible for serious human rights violations which, in turn, constitutes a measure of reparations ordered by the Inter-American Court in litigation against Colombia. Through this preliminary diagnosis, it was possible to identify obstacles in the Inter-American Court's monitoring, determined by the general nature of some of the Inter-American orders, the type of obligation of means involved, and the delays and difficulties faced by the Inter-American Court in obtaining quality information for assessing compliance. Furthermore, judicial authorities in Colombia face significant evidence-related obstacles, and are immersed in a context of armed conflict that hinders their work. This general approach seeks to show the complexity of administering justice in cases of serious human rights violations from a public policy perspective, in order to reflect on possible differentiated

strategies, both in the Inter-American Court of Human Rights and within the States, with the objective of strengthening the fight against impunity.

Key words: obligation to investigate, prosecute and punish those responsible for serious human rights violations; access to justice, the fight against impunity, Inter-American Court of Human Rights, supervision of compliance.

Introducción

El pasado 21 de febrero de 2018, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹ dejó en firme la sentencia absolutoria de un excoronel de la Policía acusado de cometer actos de tortura contra Wilson Gutiérrez Soler, víctima reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Corte IDH, en su sentencia de 2005,² había declarado la responsabilidad internacional de Colombia por la violación, entre otros, de los derechos a la integridad personal, la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial. Asimismo, ordenó la judicialización de los responsables de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas, las cuales habían sido reconocidas por el Estado colombiano en su litigio ante el tribunal interamericano.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia se emitió 13 años después del pronunciamiento de la Corte IDH, y constituyó la culminación de las investigaciones penales que desarrollaron las autoridades internas para establecer la responsabilidad penal individual de los agentes del Estado señalados de cometer la tortura. Específicamente, la Corte Suprema se pronunció sobre la sentencia de segunda instancia, en la cual un tribunal interno determinó que Wilson Gutiérrez Soler se había autolesionado y, en consecuencia, había ordenado la absolución del agente del Estado procesado por estos hechos. De esta manera, la verdad judicial que establecieron las autoridades internas negó la ocurrencia de los hechos que la Corte IDH dio por probados y dieron origen a la condena en el plano internacional.

Este caso ilustra el tipo de desafíos complejos, obstáculos y dilemas a los que se enfrenta el cumplimiento de las órdenes emitidas por la Corte IDH respecto a la investigación, juicio y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. En efecto, ¿en qué sentido este resultado podría constituir un incumplimiento de la sentencia?, ¿qué tipo de desafíos genera para la implementación del fallo?, ¿hasta dónde podría llegar la supervisión de la Corte IDH de esta decisión de casación penal?, ¿podría la supervisión que realiza la Corte IDH desarrollarse por fuera de las reglas del recurso de casación sin desconocer las garantías

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 de febrero de 2018, Rad. 48472.

² Corte IDH, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 132.

penales del procesado?, ¿los tribunales internos pueden cuestionar los hechos que la Corte IDH encontró probados?, ¿en qué forma las autoridades judiciales internas deben tener en cuenta un reconocimiento total que haya hecho un Estado respecto a ciertos hechos? Los anteriores son solo algunos debates que genera la implementación de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar emitidas por la Corte IDH. Estos debates evidencian la estrecha conexión entre la responsabilidad internacional de los Estados por graves violaciones de los derechos humanos y la impartición de justicia penal interna.

Al respecto, la doctrina viene analizando algunos de estos problemas en el marco de la implementación, ejecución, impacto y cumplimiento de decisiones proferidas en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). La producción académica más reciente intenta separar el análisis de impacto de aquellos análisis sobre implementación y cumplimiento.³

En este escrito compartimos el valor de avanzar en precisiones más específicas y detalladas, tanto a nivel analítico como empírico, sobre estas materias. Por este motivo, nuestra contribución a la producción académica en el tema se concentra en los factores que pueden afectar la etapa de implementación y cumplimiento de las sentencias proferidas por la Corte IDH en el caso colombiano, específicamente en las reparaciones relacionadas con la persecución penal de los responsables.

Para este propósito, se presentará una sistematización de los obstáculos que existen en Colombia para cumplir las órdenes de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables. En este punto se utilizan entrevistas a profundidad con algunos actores involucrados en la implementación de las órdenes de justicia, además de información pública disponible sobre la implementación de estas medidas para identificar las situaciones que impiden o demoran la acción de la justicia.

En términos analíticos, consideramos relevante distinguir los desafíos de la supervisión de cumplimiento que hace la Corte IDH respecto de los retos asociados a la implementación por las instancias internas. En efecto, la materialización de órdenes de investigar emitidas por la Corte IDH depende de dos procesos diferenciados, a cargo de instituciones de distinta naturaleza, que enfrentan retos propios en el marco de su rol frente a la administración de justicia penal interna. Por una parte, se encuentra la Corte IDH que, con diversos métodos realiza la supervisión de cumplimiento de todas las reparaciones ordenadas en las sentencias y, por otra parte, las autoridades judiciales y no judiciales de cada Estado,⁴ que deben realizar

³ Véase el Human Rights Law Implementation Project, que realiza un seguimiento detallado a determinadas decisiones de las Naciones Unidas y los sistemas regionales de protección de derechos humanos para determinar los factores que impactan en su implementación. Sobre la distinción entre cumplimiento e impacto de las decisiones interamericanas, véase Par Engstrom, "Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System", *Direito & Praxis*, 2017.

⁴ En este trabajo retomamos parte del análisis desarrollado por Álvaro Amaya y Mónica Trespalcacios, donde se explicó con detalle el diseño institucional y los procedimientos que

todas las actividades tendientes a impartir justicia frente a las graves violaciones de los derechos humanos, con lo cual, el análisis de los obstáculos que enfrenta cada instancia (la internacional y la nacional) requiere una aproximación a partir de su contexto particular, capacidades y desafíos de diseño institucional correspondientes.

Este ejercicio resulta relevante en la medida en que existe una consolidación de este tipo de reparaciones en la jurisprudencia interamericana⁵ y permite dar cuenta del papel complementario de los sistemas de protección de derechos humanos pues, con sus decisiones, buscan fortalecer la capacidad de los Estados y sus instituciones para proteger los derechos humanos y así prevenir su violación. Por su parte, el caso colombiano reviste ciertas características que pueden poner de presente la complejidad de impartir justicia en casos de graves violaciones de los derechos humanos. Hasta la fecha, la Corte IDH ha declarado la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en 18 ocasiones⁶ por múltiples fallas de la administración de justicia frente a graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, la Corte de San José solo ha declarado el cumplimiento en un caso, mientras que los 17 restantes continúan bajo supervisión.⁷

Este panorama de incumplimiento generalizado de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar justifica profundizar en las causas que lo generan y analizar los debates que muestran la complejidad de judicializar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos. A continuación se presentan algunos de los principales obstáculos identificados en el caso colombiano. Esta identificación

se han impulsado en Colombia para cumplir con las órdenes emitidas por la Corte IDH, y se introdujeron algunas de las complejidades administrativas y burocráticas que se enfrentan para hacer realidad los mandatos del tribunal interamericano. Asimismo, se analizan con mayor profundidad algunos retos mencionados en aquel trabajo, en el cual se describió el mapa complejo de actores que intervienen en este proceso y los diversos cambios en sus roles. Por una parte, la implementación depende directamente de la Rama Judicial, que ejerce la investigación y el juzgamiento en materia penal por intermedio de la Fiscalía General de la Nación y los jueces penales, respectivamente. Por otra parte, se encuentran la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), que dirige el litigio internacional, y el Ministerio de Relaciones Exteriores o la Cancillería, que realiza el seguimiento de las sentencias internacionales. Esta última distribución de competencias es reciente, ya que el Ministerio concentraba el litigio y el seguimiento de las sentencias internacionales hasta la expedición del Decreto Ley 4085 de 2011 que creó la ANDJE (Álvaro Amaya y Mónica Trespalacios, “Retos y desafíos de la ejecución de las reparaciones en materia de justicia de la Corte IDH en relación con Colombia”, *Revista Jurídica. República y Derecho*, 2019).

⁵ Dicha consolidación ha llevado, incluso, a que la intervención interamericana empiece a cumplir un rol similar al de los tribunales penales internacionales en lo que tiene que ver con el impulso del juzgamiento a las más graves violaciones de derechos humanos (Alexandra Huneus, “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts”, *American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 1, 2013).

⁶ Corte IDH, Casos en etapa de supervisión.

⁷ *Idem*.

se realizó a partir de un estudio de las resoluciones de cumplimiento emitidas por la Corte IDH en ejercicio de la supervisión de sentencias que se pronuncian sobre la orden de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, además de los resultados de algunas entrevistas con personas relacionadas con el litigio y el seguimiento de las sentencias proferidas por la Corte IDH contra Colombia, que permitieron generar un diagnóstico preliminar sobre las circunstancias que dificultan el cumplimiento de las órdenes en materia de justicia.⁸

Al respecto, es necesario mencionar que cada caso de Colombia litigado ante el SIDH es emblemático, con lo cual no sería posible afirmar que presentan el mismo grado de complejidad ni las mismas condiciones y desafíos para investigar y eventualmente sancionar a los responsables. Parte del reto de la presente investigación es encontrar circunstancias comunes a los casos o que se presenten con cierta frecuencia e impidan la acción de la justicia en las graves violaciones de los derechos humanos sometidas ante la Corte IDH. Sin embargo, se aclara que este ejercicio pretende visibilizar aquellas situaciones que se presentan en las diferentes etapas del proceso (interno y ante el SIDH) y que tienen la potencialidad de incidir en la implementación de las órdenes de investigar proferidas por la Corte IDH. No puede olvidarse que los resultados de las investigaciones en materia penal dependen de un conjunto de factores que abarcan diferentes momentos: los hechos que rodearon las violaciones de los derechos humanos, la judicialización a nivel interno y el tipo de litigio ante el SIDH. Por este motivo, cada obstáculo identificado encuentra sustento en los casos en los cuales se presentó y, si bien es posible detectar tendencias en los intentos de judicialización de los responsables, cada caso muestra particularidades importantes que también explican los resultados del cumplimiento de este tipo de órdenes.

⁸ Al respecto, es necesario mencionar que las entrevistas se realizaron en 2017 y buscaron reflejar las diferentes lecturas en torno al cumplimiento de las órdenes en materia de justicia. Se obtuvo la participación de personas asociadas con los siguientes roles: (i) representantes de las víctimas, (ii) funcionarios de las principales entidades estatales involucradas en el cumplimiento y el litigio ante el sistema y (iii) un funcionario de la Secretaría de la Corte IDH. Fueron entrevistadas las siguientes personas (el cargo corresponde al que desempeñaban en el momento de la entrevista): (i) Mónica Fonseca, directora de derechos humanos y DIH de la Cancillería hasta el año 2017, entrevistada el 19 de diciembre de 2016; (ii) Edward Pérez, profesional de la Unidad de Seguimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entrevistado el 20 de junio de 2017; (iii) Marcela Briceño-Donn, funcionaria de la Cancillería desde 1988 y agente del Estado en los primeros casos de Colombia ante la Corte IDH, entrevistada el 23 de junio de 2017; (iv) un antiguo funcionario de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, entrevistado el 4 de julio de 2017, y quien pidió expresamente mantener en reserva su nombre; (v) Ángela María Ramírez Rincón, agente del Estado y experta de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, entrevistada el 9 de octubre de 2017 y (vi) Jomary Ortegón, presidenta del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y representante de víctimas en diferentes casos ante la Corte IDH, entrevistada el 12 de julio de 2017.

1. Obstáculos asociados a la supervisión de casos que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos

¿Cómo puede un tribunal internacional, que se encuentra en San José, monitorear adecuadamente lo que hacen las autoridades locales para superar los obstáculos de investigación que precisamente explican que un caso se haya presentado ante el sistema interamericano? En este punto, la literatura especializada muestra una evolución constante de los mecanismos de supervisión de la Corte IDH y los esfuerzos realizados por unificar prácticas que en el pasado se ejercían de manera aislada.⁹ La Corte IDH pasó de un procedimiento escrito a la realización de audiencias privadas y posteriormente públicas, tanto en la sede de la Corte, como en los Estados implicados,¹⁰ para llevar a cabo la supervisión de cumplimiento de los casos. Asimismo, se creó una unidad específica encargada del monitoreo de la implementación de los casos.

A pesar de la dinámica evolución de los mecanismos de supervisión que se ha presentado en la Corte IDH, el ejercicio de esta función enfrenta dificultades materiales por diferentes razones. En primer lugar, los recursos de la Corte IDH, tanto humanos como financieros, resultan insuficientes frente al número de casos acumulados y las reparaciones objeto de supervisión.¹¹ En su momento, un informe de la Corte IDH a la Asamblea de Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA) reflejó claramente las deficiencias presupuestales del tribunal y señaló la dificultad de realizar seguimiento a las que, en ese momento, eran 182 sentencias en supervisión. No obstante, el informe también muestra que la implementación de la Unidad de Seguimiento permitió una mayor uniformidad en esta actividad y un mayor cubrimiento de los casos fallados, que en 2016 alcanzó un 99% del total.¹²

Por otra parte, la distancia que existe entre el tribunal que profiere la orden y las entidades estatales encargadas de su cumplimiento no es un aspecto menor. La función de investigar, juzgar y sancionar depende directamente de las autoridades judiciales de los Estados, mientras que los resultados son valorados por la Corte IDH

⁹ Véase David Baluarte, "Strategizing for compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative For Victims' Representatives", *American University International Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2012, pp. 263-321; y Edward de Jesús Pérez, "La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes para jurisdicciones nacionales", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 24, 2018, pp. 337-362.

¹⁰ Una visita de este tipo se llevó a cabo en Paraguay. Una delegación de la Corte IDH, integrada por el juez Patricio Pazmiño y personal de la Secretaría, realizó una visita a las comunidades indígenas de Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xakmok Kasek en el Chaco paraguayo, los días 27 y 29 de noviembre de 2017. La visita fue seguida de una audiencia que se llevó a cabo en Asunción el día 30.

¹¹ Corte IDH, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016, p. 226.

¹² *Ibid.*, pp. 74-78.

ubicada en San José de Costa Rica, con lo cual surge una barrera geográfica importante. La práctica ha demostrado que la Corte IDH enfrenta barreras de acceso a la información sobre el avance de los procesos judiciales y de comunicación con los jueces y fiscales que adelantan las causas penales, cuando los Estados son reticentes a suministrar información por diferentes motivos.

Teniendo en cuenta que la supervisión ejercida por la Corte depende de la información que presenten las partes, es necesario valorar los retrasos que se generan por las barreras de acceso cuando los Estados no cooperan o continúan en una especie de litigio. A manera de ejemplo, cuando los Estados han alegado la reserva de los procesos penales ante la Corte, como en el Caso *Tibi vs. Ecuador*, 19 *Comerciantes vs. Colombia*, *Pueblo Bello vs. Colombia*, entre otros, la Corte no tiene elementos para valorar el cumplimiento y, en consecuencia, retrasa su actividad. En otros casos contra Colombia, en alguna época, no se suministró información completa sobre los procesos penales durante la etapa de seguimiento bajo el argumento de falta de competencia de la Corte IDH para conocer de las actuaciones procesales internas y el derecho al debido proceso de los sindicatos, por considerar que no se pueden tratar asuntos que los afecten sin su participación.¹³ En resoluciones posteriores, el Estado morigeró su posición para solicitar ante la Corte IDH que la información sobre los procesos penales que se adelantan internamente no sea mencionada en ningún documento público reiterando la incompetencia del tribunal para “decidir sobre las actuaciones procesales”.¹⁴

Por su parte, la Corte IDH ha señalado de manera categórica que:

1. La etapa de supervisión no busca establecer nuevos hechos ni responsabilidades, sino vigilar el cumplimiento de las sentencias.¹⁵
2. Las partes deben suministrar la información necesaria para verificar el cumplimiento de los fallos, posición reiterada por la Asamblea General de la OEA.
3. La negativa a entregar información por el Estado no puede redundar en perjuicio de las víctimas, sino solo en perjuicio de dicha parte, por lo que el tribunal podía tener por establecidos los hechos que fueren demostrables únicamente a través de prueba que el Estado se haya negado a remitir.
4. La reserva de la información no se predica de las partes, y las resoluciones solo incluirán lo indispensable para determinar el grado de cumplimiento.¹⁶

¹³ Corte IDH, Caso 19 *Comerciantes vs. Colombia*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de junio de 2012, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

¹⁴ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs. Colombia*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de julio de 2009, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Corte IDH, Caso 19 *Comerciantes vs. Colombia*, cit.

Ahora bien, la implementación de las decisiones interamericanas está fuertemente relacionada con el tipo de “caso” y de litigio que fueron valorados por la Corte IDH. En relación con la obligación de investigar existe una heterogeneidad de escenarios de litigio. Algunas variables al respecto son: (i) el número de víctimas; (ii) el número de perpetradores; (iii) si el caso fue tramitado ante el sistema interamericano recién ocurrieron los hechos (como ocurrió en los casos de la desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana) o después de varias décadas (como en el caso de los desaparecidos del Palacio de Justicia); (iv) si el caso era uno cuando empezó el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y al llegar a la Corte IDH algunas de las violaciones hubieran podido cesar o ser remediadas; (v) si existe debate sobre los hechos y sobre las autorías y responsabilidades, incluyendo el tipo de instituciones que valoraron estos debates (comisiones de la verdad, instancias en el Congreso, instituciones de derechos humanos, instancias judiciales), en suma, qué tanto está haciendo la Corte IDH una determinación fáctica totalmente autónoma y hasta dónde debe ir, en esa valoración autónoma, la ponderación de prueba respectiva a nivel internacional (y qué tanto debe o no reenviarse al Estado); (vi) si el Estado se allanó a los hechos o a las violaciones, o al contexto; (vii) escenarios de discusión propios de justicia transicional (particularmente en relación con el manejo de fenómenos de macrocriminalidad y la masividad de casos), y (viii) el análisis probatorio específico que se hizo en sede interamericana y qué tanto esas determinaciones condicionan las investigaciones internas.

Por lo pronto, a continuación, analizamos dos temas específicos en los cuales se evidencian algunos desafíos para verificar el cumplimiento de la obligación de investigar en relación con el trabajo de la Corte IDH.

1.1. ¿Durante la supervisión de cumplimiento se está asumiendo que la obligación de investigar, juzgar y sancionar es una obligación de resultado?

En ocasiones, el cumplimiento de las sentencias se ve mediado por enormes debates sobre el contenido de las órdenes, pues no siempre es claro cuándo se cumplen y cuándo no. Al respecto, compartimos la postura de Langford, Rodríguez y Rossi cuando afirman el tipo de disputas sobre las medidas de reparación:

El significado de una medida judicial podría ser muy discutido, la orden puede ser compleja o ir dirigida a diversos niveles y acontecimientos sobrevinientes pueden desconcertar el ámbito de las medidas de cumplimiento o su secuencia [...] *medir el cumplimiento es tanto un ejercicio interpretativo como de recolección de datos.* (Énfasis agregado)¹⁷

¹⁷ Malcolm Langford, César Rodríguez Garavito y Julieta Rossi, *La lucha por los derechos sociales*, Bogotá, Dejusticia, 2017.

El seguimiento de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar presenta una dificultad particular dada por la falta de claridad sobre el momento en que se entiende cumplida. La Corte IDH ha señalado en reiteradas ocasiones que la investigación y sanción de los responsables es una obligación de medio; sin embargo, a la fecha no es del todo claro qué se necesita para obtener una declaración del cumplimiento total de este tipo de órdenes. ¿Se necesita la condena de todos los responsables para obtener una declaración de cumplimiento? y ¿en qué momento se puede afirmar que las autoridades judiciales hicieron todo lo posible por investigar y sancionar a los responsables?

Adicionalmente, durante la etapa de supervisión de cumplimiento se presenta un desafío en el momento de valorar los esfuerzos estatales para desarrollar una investigación diligente muchos años después de ocurridos los hechos. En algunos casos, la Corte IDH ha mantenido abierto el seguimiento de la obligación de investigar teniendo en cuenta que “no hay avances sustantivos en la investigación, si se observa el número de personas que presuntamente tuvieron participación en la masacre en relación con el número de personas vinculadas a la investigación”.¹⁸ Surgen debates respecto a si se está requiriendo un resultado específico de la investigación. Estos resultados, en ocasiones, son especialmente difíciles de obtener, por ejemplo, cuando se produce la muerte de alguno de los perpetradores antes de ser procesado o sancionado por el Estado.¹⁹

No obstante, en algunos pronunciamientos del tribunal interamericano se ha valorado este tema. Por ejemplo, en la primera resolución de supervisión de cumplimiento en el Caso Masacre de Pueblo Bello se enfatizó en la falta de información para valorar los avances de los procesos penales. Un año después, el Estado señaló que se habían proferido 12 condenas por este caso; sin embargo, la Corte IDH consideró: “Es clara la falta de actuaciones concretas dirigidas a la identificación y vinculación de todos los responsables y autores intelectuales de la masacre, particularmente servidores públicos y miembros de la fuerza pública” y, por lo tanto, señaló que en ese caso subsistía la impunidad.²⁰

Como se observa, el número de condenas no puede ser el referente esencial para determinar el cumplimiento de la obligación de investigar. De la lectura conjunta de la sentencia y las resoluciones es posible extraer que las instituciones de justicia no investigaron la participación de los agentes del Estado que, por acción o por omisión, permitieron la incursión paramilitar en Pueblo Bello y que no se aportaron elementos que demostraran la existencia o los avances en esta línea de investigación. En efecto, los procesos iniciados en la justicia penal militar en contra de los miembros de la Compañía orgánica del Batallón de Infantería No. 32 terminaron en menos

¹⁸ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit.

¹⁹ Antiguo funcionario de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación, entrevista del 4 de julio de 2017.

²⁰ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, cit.

de cuatro meses con la decisión de abstenerse de abrir una investigación penal y cinco años después se profirieron decisiones en el mismo sentido. Al respecto, la Corte IDH reiteró su jurisprudencia sobre la falta de competencia de la justicia castrense, pues no constituye un recurso efectivo para investigar las graves violaciones de los derechos humanos que terminaron con la vida de 43 personas.²¹

En otros casos, las resoluciones de cumplimiento permiten ilustrar la pertinencia de la supervisión ante la Corte IDH respecto de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar, en la medida en que compelen a los Estados a realizar seguimiento de los procesos penales y actualizar permanentemente sus resultados. En el caso de la masacre de Las Palmeras *vs.* Colombia, el Estado no había entregado la información completa sobre los procesos penales dos años después de la sentencia de reparaciones y costas.²² Posteriormente en el año 2004, cuando se profirió una sentencia condenatoria a nivel interno contra tres personas por el delito de homicidio, no se suministró la información sobre la ejecución de las órdenes de captura.²³ En efecto, hasta la resolución de cumplimiento emitida en 2010, una persona se encontraba cumpliendo la condena en un centro penitenciario de la Policía, pero las otras dos personas continuaban prófugas de la justicia, por lo cual la Corte IDH solicitó información precisa sobre las actuaciones del Estado tendientes a materializar estas capturas. Finalmente, la Corte IDH insistió en conocer las razones que llevaron a la preclusión de otra investigación adelantada por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía en contra de 37 policías, ya que “la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad”.²⁴

Más allá de los casos puntuales, la jurisprudencia deberá precisar algunos criterios para valorar el cumplimiento de una obligación de medio que no puede ser reducida al número de condenas. La obligación de investigar, juzgar y sancionar es más compleja pues, por una parte, se requieren múltiples actuaciones y coordinación entre las autoridades internas y, por otra, los procesos deben ser respetuosos de las garantías procesales de los acusados, que no pueden ser condenados sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello. En algunos casos contenciosos decididos por la Corte IDH han surgido debates relativamente similares en aquellos momentos en los cuales se rechazaron, como argumento para declarar la violación

²¹ Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140.

²² Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

²³ Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 4 de agosto de 2008, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

²⁴ Corte IDH, Caso Las Palmeras *vs.* Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de febrero de 2010, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los alegatos asociados a la inexistencia de condenas contra los presuntos responsables.²⁵

Una resolución de cumplimiento reciente podría dar luces sobre el debate. En el caso *Escué Zapata* se declaró el cumplimiento de esta obligación. Esto sucedió en 2016, cuando el Estado capturó a todos los autores materiales del crimen y logró subsanar gran parte de las enormes fallas que se presentaron durante la investigación. Para ilustrar este punto, resulta pertinente incorporar los elementos que sustentaron la violación de la garantía de acceso a la justicia:

1. Este caso fue investigado durante diez años en la justicia penal militar y posteriormente fue tramitado en la justicia ordinaria.
2. No se investigó la escena del crimen y no se realizó una autopsia del cadáver.
3. El expediente y todas las actuaciones surtidas durante seis años se extraviaron.
4. Se presentaron largos periodos de inactividad procesal.
5. No se investigaron las circunstancias que rodearon la pérdida del expediente ni los responsables.
6. No se investigaron todas las posibles violaciones de los derechos humanos del caso.²⁶

En estas circunstancias resulta importante valorar la conducta del Estado que condujo a la declaratoria de cumplimiento:

²⁵ Por una parte, la jurisprudencia constante de la Corte indica que procede investigar, juzgar y, en su caso, sancionar. Es decir, no se hace énfasis en el castigo carcelario o en la “pena penal”, pues lo fundamental es que se haya adelantado una investigación y juicio en forma diligente, y dependerá de cada caso, según lo que se derive de cada proceso, que el conjunto de elementos permita o no aplicar una sanción penal. Así, por ejemplo, la Corte se ha abstenido de atribuir responsabilidad internacional respecto a la violación de la obligación de investigar por el solo hecho de que no existan condenas específicas, tal como se deriva del *Caso Martín del Campo Dood vs. México*, cuando el tribunal analiza un alegato según el cual “ninguno de los once funcionarios públicos denunciados han sido procesados o sancionados (sic) penalmente”. En similar sentido, en el *Caso Palma Mendoza vs. Ecuador* es posible ver un importante nivel de deferencia respecto a la ponderación de prueba que efectúan las autoridades internas sobre si procede o no sancionar penalmente a una persona, de tal forma que no se compromete la responsabilidad internacional del Estado por el solo hecho de que no se haya efectuado una condena contra los presuntos autores intelectuales de un secuestro seguido de asesinato. Asimismo, en el *Caso Luna López vs. Honduras*, la Corte constató que la sentencia definitiva absolutoria a favor del presunto autor intelectual no fue cuestionada por presentar vicios sustanciales, fraude procesal o cosa juzgada fraudulenta, razón por la cual no se declaró la violación del acceso a la justicia. Un análisis más detallado de este tema puede verse en Óscar Parra, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, núm. 1, 2012, pp. 5-51.

²⁶ Corte IDH, *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 165.

1. El caso fue asumido por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía que en el momento de la sentencia había ordenado 25 inspecciones judiciales y había practicado 55 declaraciones.
2. En 2008 se profirió una sentencia condenatoria contra tres miembros de la fuerza pública por el homicidio del líder indígena Escué Zapata y fue confirmada en segunda instancia.
3. En 2012 se profirió una sentencia absolutoria para cinco soldados, dos cabos segundos y un miembro de la comunidad indígena, que fue confirmada en segunda instancia. Sin embargo, los representantes de las víctimas interpusieron un recurso extraordinario de casación para “revocar las absoluciones por los delitos de tortura y secuestro a favor de los militares acusados”,²⁷ que fue resuelto de manera favorable a sus pretensiones y condujo a la condena de los militares.

La CIDH y los representantes de las víctimas solicitaron la continuidad del seguimiento alegando la existencia de una autoría intelectual que permanecía en la impunidad y por la falta de condenas por el allanamiento del domicilio de la víctima. Frente a lo primero, la Corte IDH estimó que el Estado había considerado esta hipótesis durante la investigación, teniendo en cuenta que vinculó al comandante del pelotón que adelantó el operativo en el que se presentó la muerte de Escué Zapata y al miembro de la comunidad que actuó como informante. Sin embargo, estos procesos culminaron en decisiones absolutorias que no fueron recurridas por los representantes de víctimas y en los cuales no se alegaron faltas a la debida diligencia del Estado durante su investigación y juzgamiento.²⁸ Frente a los otros delitos, la Corte señaló que sí se surtieron investigaciones cuyos hechos no quedaron probados en los procesos judiciales y, en todo caso, no constituyen graves violaciones de los derechos humanos, por lo cual era posible aplicar la prescripción.²⁹

²⁷ Corte IDH, Caso Escué Zapata vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

²⁸ La Corte IDH señaló que “el Tribunal considera que, de acuerdo con los hechos que quedaron probados en la Sentencia [...], no resulta irrazonable que de las dos investigaciones ya realizadas por el Estado no se desprendieran elementos para imputar a persona alguna por una autoría intelectual” y que “los procesos buscaron investigar a todas las personas que pudieran tener relación con los hechos del caso. Por todo lo anterior, esta Corte estima que la referida objeción de los representantes y de la Comisión ha quedado superada en razón de las investigaciones y sentencias firmes acreditadas por el Estado, el cual mostró tener la debida diligencia en los procesos que culminaron en dichas decisiones judiciales” (*ibid.*)

²⁹ Específicamente, la Corte IDH sostuvo que “toda violación a los derechos humanos supone una cierta gravedad por su propia naturaleza, porque implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas. Sin embargo, ello no debe confundirse con lo que el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia ha considerado como ‘graves violaciones a los derechos humanos’, las cuales tienen una connotación y consecuencias propias. Asimismo, este Tribunal ha indicado

Esta resolución introduce algunos elementos para valorar temas de debida diligencia que podrían estar asociados al cumplimiento de la obligación de investigar y sancionar a los responsables. La decisión de la Corte permite entrever que no es necesario que exista un acuerdo entre el Estado y los representantes de las víctimas para declarar el cumplimiento de este tipo de órdenes y tampoco pareciera ser absolutamente obligatoria la sanción de todas las personas que los representantes de víctimas señalen para que se declare el cumplimiento total de la orden interamericana.³⁰ Es un tema que pareciera depender de la complejidad de cada caso y de la valoración con debida diligencia en la indagación por las autorías materiales e intelectuales con todos los medios disponibles y, a partir de ello, esclarecer las circunstancias en que se presentaron las violaciones de los derechos humanos. Se observa además que la intervención interamericana, a la luz de los hechos determinados en la Sentencia, brindó diversas pautas que impactaron en las tareas de investigación.

Si bien es posible afirmar que este caso no reviste la complejidad de otras masacres y desapariciones forzadas tramitadas ante la Corte, es un paso en la determinación específica de criterios de debida diligencia en el avance de casos concretos.

1.2. Complejidades derivadas de los cambios procesales a nivel interno

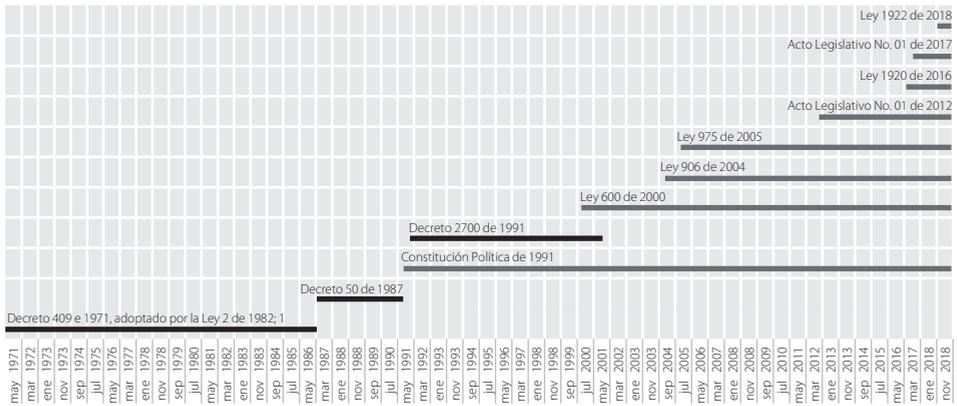
En diversos momentos procesales del litigio interamericano es absolutamente necesario determinar el derecho interno aplicable y las particularidades de los sistemas judiciales y procesales de cada país. Sin embargo, puede revestir cierta complejidad la forma como el tribunal interamericano pudiera llegar a valorar los debates y contextos particulares de la persecución penal en cada Estado. La obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables es dinámica y puede sufrir transformaciones profundas en los Estados en corto tiempo, dadas por cambios en los paradigmas del derecho penal (v. gr. un cambio de sistema escrito a uno oral, un cambio de Constitución), por coyunturas políticas (v. gr. procesos de justicia transicional), entre otras.

En principio, esto no debería ser un obstáculo para el cumplimiento de las órdenes en materia de justicia, ya que, sin importar el sistema procesal vigente o las instituciones judiciales competentes, los Estados parte de la CADH se comprometen a proteger los derechos humanos y a adaptar la normatividad interna con este propósito. No obstante, algunos entrevistados coincidieron en identificar los retos para transmitir los cambios de orden procesal ante la Corte IDH y los obstáculos para el cumplimiento de las órdenes de justicia que pueden surgir de las interpretaciones que se realicen en torno a una determinada reforma procesal.

que resulta incorrecto pretender que en todo caso sometido a la Corte, por tratarse de violaciones de derechos humanos, no procedería aplicar la prescripción” (*idem.*).

³⁰ Edward de Jesús Pérez, entrevista del 20 de junio de 2017.

Gráfico 1. Transformaciones en la persecución penal en Colombia



Fuentes: Elaboración propia sobre la base de información de antiguo funcionario de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, cit., y Gloria Bernal, “Las reformas procesales penales en Colombia”, *Revista IUSTA*, vol. 1, núm. 2, 2005.

Colombia reconoció la competencia de la Corte IDH el 21 de junio de 1985. En el gráfico 1 se sintetizan los principales cambios en materia de investigación y sanción penal desde esa fecha.

Desde 1938, la investigación penal en Colombia estaba a cargo de los jueces de instrucción criminal que operaban bajo el procedimiento penal contemplado en el Decreto 409 de 1971 y sus reformas, que constaba de dos etapas: (i) el sumario, donde los jueces de instrucción criminal conducían las investigaciones y acusaban mediante el acto denominado calificación del mérito del sumario, y (ii) etapa de juicio ante los jueces de conocimiento donde se practicaban las pruebas en audiencia y se resolvía de fondo sobre la responsabilidad penal.³¹ Para este momento, no existía en Colombia una institución que centralizara las labores de investigación, ni generara una política criminal unificada capaz de analizar los fenómenos criminales en su conjunto. Precisamente fue durante la vigencia de este sistema atomizado de investigación criminal que ocurrieron algunos de los principales casos de violaciones de los derechos humanos litigados ante la Corte IDH, y en este escenario se han presentado las múltiples fallas y demoras que caracterizaban a dicho sistema.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 se creó la Fiscalía General de la Nación como una institución de la Rama Judicial encargada de investigar delitos y acusar a los presuntos responsables mediante el ejercicio de la acción penal. La Fiscalía inició su operación en 1992 con una nueva norma procesal penal contenida en el Decreto 2700 de 1991, asumió el conocimiento de las investigaciones en

³¹ Gloria Bernal, “Las reformas procesales penales en Colombia”, *Revista IUSTA*, vol. 1, núm. 2, 2005, pp. 47-48.

curso y se suprimió la figura de los jueces de instrucción criminal.³² Posteriormente, se expidieron dos códigos de procedimiento penal que continúan vigentes: la Ley 600 de 2000 que contempla un proceso mixto y la Ley 906 de 2004, que establece el procedimiento oral acusatorio.

Estas transformaciones implican grandes retos institucionales en términos de recursos, tiempo, adaptación y aprendizaje, que deben ser valorados en detalle por la Corte IDH. Se presentaron complejidades cuando se centralizó en la Fiscalía la etapa de investigación que permanecía dispersa por todo el país y se encontraron expedientes en donde no se habían adelantado actos urgentes de investigación que eran cruciales para llevar a buen término los procesos judiciales y eran muy difíciles de suplir en ese momento.³³

Todos estos cambios han atravesado el litigio de Colombia ante el sistema interamericano. El Estado ha sostenido que la evaluación de la investigación a nivel interno debe tener en cuenta las normas vigentes en el momento de los hechos y, en ese marco, evaluar los desafíos respectivos. Un análisis descontextualizado de las investigaciones penales puede constituir un desafío durante el seguimiento o la valoración de la gestión de los operadores de justicia, y Colombia ha solicitado que no se impongan exigencias ni estándares inaplicables en el momento de los hechos.³⁴ La carga argumentativa para la Corte IDH se incrementa en este tipo de escenarios y resulta razonable una valoración en torno a las garantías o estándares aplicables tanto en el momento de los hechos como en los años subsiguientes.

En otras ocasiones, se producen cambios procesales profundos, por ejemplo, asociados a procesos de justicia transicional, que generan un verdadero reto, tanto en el litigio como en la implementación de las sentencias interamericanas. Particularmente, en los casos que han involucrado grupos paramilitares, ha sido necesario explicar ante la Corte IDH el proceso de justicia transicional que tuvo lugar tras la desmovilización de dichos grupos y que dio origen a la expedición de la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz). Esta coyuntura política dio origen a un sistema de enjuiciamiento y sanción especial para los comandantes paramilitares involucrados en la comisión de múltiples delitos graves, que contempla la imposición de una pena alternativa sustancialmente menor a la ordinaria. En el momento de la expedición de esta Ley se generaron amplios debates entre las organizaciones de víctimas y de derechos humanos, por considerar que este sistema implicaba la violación de diferentes obligaciones internacionales y estándares de justicia, que dieron lugar a

³² *Ibid.*, p. 48.

³³ Entrevista con un antiguo funcionario de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, cit.

³⁴ Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 287, párr. 492.

enormes discusiones durante su diseño e implementación.³⁵ Este debate se trasladó ante la Corte IDH a por lo menos 11 casos de violaciones de los derechos humanos cometidas por paramilitares,³⁶ sea en etapas de fondo o en etapas de supervisión de cumplimiento.

En términos generales, las víctimas alegan la falta de proporcionalidad de los castigos y las limitaciones en materia de investigación por considerar, por ejemplo, que, en la práctica, la verdad y las imputaciones de Justicia y Paz se limitaron a lo que decía el perpetrador durante la versión libre.³⁷ Por su parte, los agentes del Estado se han enfocado en señalar los esfuerzos y la evolución en la estrategia de investigación, la imposibilidad de investigar todo y a todos los perpetradores, además de las posibilidades que tienen las víctimas de participar durante el proceso.³⁸

A manera de ilustración, gran parte de la audiencia pública del Caso Vereda la Esperanza vs. Colombia se concentró en exponer en detalle el proceso de la Ley 975 de 2005 pues, a través de este, se estaba judicializando al presunto responsable de las violaciones y fue un escenario para que los representantes de las víctimas manifestaran sus reparos frente al proceso. En ese caso, una magistrada y una fiscal de Justicia y Paz explicaron ante la Corte las principales transformaciones en la investigación penal propias del modelo de justicia transicional, con el objetivo de mostrar los esfuerzos por investigar fenómenos de macrocriminalidad perpetrados por estructuras militares complejas, y los intentos por ilustrar la cadena de mando y generar imputaciones a los comandantes paramilitares que abarcaran en mayor medida las violaciones de los derechos humanos cometidas por estos grupos.

Al respecto, algunos entrevistados pusieron de presente que en estos casos se han presentado dos tipos de énfasis en el litigio ante la Corte IDH. Por una parte, se encuentran las pretensiones de reparación de las víctimas y, por otra, los cuestionamientos generales frente a los sistemas de enjuiciamiento penal de diversos actores en el conflicto armado.³⁹ Asimismo, en diversos momentos se ha solicitado que la Corte IDH invalide por vía del control de convencionalidad algunas de esas normas procesales. Sin embargo, a la fecha, la Corte IDH no ha declarado la inconvencionalidad de la Ley de Justicia y Paz, sino que ha establecido algunas directrices para su aplicación en la sentencia del Caso de la Masacre de la Rochela

³⁵ Human Rights Watch, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, Human Rights Watch, 2008.

³⁶ Esta situación se ha presentado en los siguientes casos contenciosos contra Colombia: Caso 19 Comerciantes, Caso de la “Masacre de Mapiripán”, Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Caso de las Masacres de Ituango, Caso de la Masacre de La Rochela, Caso Valle Jaramillo y otros, Caso Manuel Cepeda Vargas, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis), Caso Vereda la Esperanza, Caso Yarce y otros, Caso Omeara Carrascal y otros.

³⁷ Ángela María Ramírez Rincón, entrevista del 9 de octubre de 2017.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

vs. Colombia, y en otros precedentes se ha pronunciado sobre la debida diligencia en la investigación de crímenes del sistema⁴⁰ y ha señalado que la extradición no puede constituirse en un medio para favorecer, procurar o asegurar la impunidad.⁴¹

Este tipo de situaciones genera debates en torno a la compatibilidad entre los sistemas penales internos y el DIDH, que naturalmente enfrentan posturas sobre la manera de impartir justicia y en donde un punto fuerte de debate se encuentra en la proporcionalidad de las sanciones.⁴²

Hasta el momento, la supervisión de sentencias de la Corte IDH únicamente se ha pronunciado sobre el Sistema de Justicia y Paz; sin embargo, es necesario tener en cuenta que durante los últimos años en Colombia se aprobó e inició la implementación de otro sistema de justicia transicional con un alcance particular, ya que genera importantes modificaciones en la persecución penal, tanto de los integrantes de un grupo armado que negoció con el gobierno nacional (FARC-EP) como de los miembros de la fuerza pública que cometieron delitos en el marco del conflicto armado.

Actualmente funcionan de manera paralela el Sistema de Justicia y Paz, creado por la Ley 975 de 2005, y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), diseñada en el Acuerdo Final⁴³ entre el Gobierno y las FARC-EP e implementada mediante el Acto Legislativo 01 de 2017. En términos generales, el Acuerdo crea un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), conformado por la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad (CEV), la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) y la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), instancia de justicia transicional que tiene la potencialidad de transformar profundamente la aplicación del derecho penal en Colombia, incluso en decisiones que ya hicieron tránsito a cosa juzgada.

La JEP fue concebida como un tribunal de cierre del conflicto armado interno en Colombia,⁴⁴ razón por la cual se diseñó un aparato institucional que permitiera definir la situación jurídica de todos aquellos que participaron en el conflicto⁴⁵ y,

⁴⁰ Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁴¹ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁴² Entrevista con Ángela María Ramírez Rincón, cit.

⁴³ Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz estable y duradera.

⁴⁴ Andrés Bermúdez, *Los debates de La Habana: una mirada desde adentro*, Bogotá, Institute for Integrated Transitions (IFIT), 2019, pp. 234-235.

⁴⁵ El diseño original de la JEP sufrió varias modificaciones después de que no se obtuvieron los votos necesarios para la refrendación popular del Acuerdo Final. Posteriormente, se produjo un proceso de renegociación del Acuerdo con los sectores políticos que se opusieron y, durante la implementación normativa, surgieron modificaciones adicionales, tanto en el

a la vez, generara incentivos para que estos contribuyeran a la satisfacción de los derechos de las víctimas.⁴⁶ Estos propósitos, que en principio resultarían incompatibles, se materializaron mediante la profunda modificación de las concepciones y formas de investigar, juzgar y sancionar en Colombia.

En materia de investigación, se admitió la selección de casos, de manera conjunta con la priorización, para propender al esclarecimiento de las conductas más graves y representativas, junto con la persecución de los máximos responsables. Por otra parte, el procedimiento de la investigación y juzgamiento está profundamente marcado por las contribuciones a la verdad y la reparación que realicen los comparecientes.⁴⁷ En primer lugar, el proceso contempla oportunidades para el aporte voluntario a la verdad –previas a las etapas de investigación–, lo cual difiere sustancialmente de la justicia ordinaria, que inicia con las labores de averiguación y acusación que realiza la Fiscalía. Los resultados de este proceso se traducen en el juzgamiento de las personas en la JEP y en la sanción correspondiente. Así, cuando se presentan contribuciones a la verdad se prevén etapas no adversariales que terminan en sanciones con contenido restaurativo, mientras que cuando no existe esta contribución, se contemplan etapas adversariales asimilables a un proceso penal ordinario, con la posibilidad de sanciones carcelarias.

De esta manera, se conjugaron los beneficios penales tempranos y se modificaron profundamente las sanciones existentes para generar incentivos que garanticen el derecho a la verdad y la reparación de las víctimas, lo cual generó, entre otras, las siguientes modificaciones del manejo de los procesos penales:⁴⁸

1. Suspensión en la ejecución de las condenas impuestas por la justicia ordinaria por la aplicación de la Ley 1820 de 2016, conocida como Ley de Amnistía, indulto y tratamientos penales especiales,⁴⁹ incluyendo algunas condenas que habían sido valoradas por la Corte IDH en el marco de los casos contenciosos

Congreso de la República, como en la Corte Constitucional. Precisamente, una de las modificaciones más importantes del Acuerdo fue la limitación de la competencia personal de la JEP, pues la Corte Constitucional estableció que el acceso a la JEP por parte de los terceros civiles debía ser voluntario, por considerar que el Acto Legislativo no podía sustituir el principio del juez natural (Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁴⁶ Bermúdez, *op. cit.*, pp. 240-241.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 240 y ss.

⁴⁸ Al respecto, es necesario mencionar que las anteriores modificaciones han sido avaladas por la Corte Constitucional de Colombia, en la medida en que las personas que ingresen a la JEP contribuyan de manera irrestricta a la verdad, la reparación y no repetición a la que tienen derecho las víctimas, y que los grupos armados al margen de la ley cumplan con la dejación de armas y la reincorporación a la vida civil (Sentencia C-674 de 2017, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁴⁹ Esto es posible por los beneficios de libertad transitoria aplicables a los integrantes de las FARC-EP (arts. 35 y ss.), la privación en unidad militar o policial para miembros de la Fuerza Pública (arts. 58 y ss.) y la libertad transitoria condicionada y anticipada también aplicable a los miembros de la Fuerza Pública (arts. 51 y ss.).

contra Colombia.⁵⁰ Los condenados pasan a someterse a un régimen de condicionalidad ante el nuevo sistema integral como requisito para mantener los beneficios.

2. Posibilidad de terminar definitivamente algunos procesos penales en curso por aplicación de amnistías, indultos y tratamientos penales especiales en casos que no constituyan graves violaciones de derechos humanos.⁵¹
3. Posibilidad de tramitar procesos penales novedosos, en los que el énfasis se encuentra en macroprocesos y patrones de macrocriminalidad que articulan diversos casos que antes se manejaron en forma aislada.
4. Posibilidad de revisar sentencias en firme por causales distintas a las contempladas en los códigos penales vigentes.⁵²

De igual manera, la modificación de los procedimientos penales también se dio desde un plano orgánico y normativo, pues se creó una institucionalidad transitoria e independiente de la justicia ordinaria, conformada por un Tribunal para la Paz, tres salas de justicia, una Secretaría Ejecutiva y la Unidad de Investigación y Acusación, encargadas de aplicar más de 20 procedimientos nuevos en el ordenamiento colombiano. Por este motivo, fue necesaria la expedición de una ley de procedimiento especial que brindara los elementos generales para adelantar los trámites propios de la JEP. Este punto puede complejizar aún más el seguimiento de las órdenes de justicia en Colombia, pues las normas de procedimiento de la JEP autorizan la remisión a la Ley 600 de 2000, a la Ley 906 de 2004 y al Código General del Proceso en lo que no se encuentre regulado,⁵³ con lo cual abre la posibilidad de la aplicación de sistemas penales con distintas tendencias de manera simultánea y normas de diferente naturaleza.

Si bien es prematuro realizar un diagnóstico sobre el impacto de la implementación de la JEP, lo que sí es posible asegurar es que la supervisión interamericana de las órdenes en materia de justicia puede enfrentar un panorama más complejo

⁵⁰ Al respecto, los medios de comunicación registraron el otorgamiento del beneficio de la libertad transitoria, condicionada y anticipada a personas cuyos procesos penales fueron objeto de análisis por la Corte IDH durante los casos de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, con el brigadier general retirado Jaime Humberto Uscátegui, y el de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia, con el mayor general retirado Rito Alejo del Río. Véase *El Espectador*, “Los Generales del Ejército que se han sometido a la JEP”, 31 de octubre de 2018.

⁵¹ Esto es posible por la concesión de amnistías, tanto de *iure* como la que concede la Sala de Amnistías e Indultos de la JEP para integrantes de las FARC-EP (arts. 25, 26 y 27); para los miembros de la fuerza pública están contempladas las siguientes resoluciones definitivas de situación jurídica: cesación de procedimiento, renuncia a la persecución penal, declaración del cumplimiento de la sanción y extinción de la sanción penal (arts. 31 y ss.).

⁵² Ley 1922 de 2018, artículo 52A.

⁵³ *Ibid.*, artículo 72.

para valorar el funcionamiento de los sistemas que rigen la persecución penal en Colombia, cuando resultan aplicables los sistemas de justicia transicional vigentes.

2. Obstáculos para la implementación de las sentencias de la Corte IDH que realiza el Estado

Colombia ha impulsado diversos tipos de estrategias para fortalecer la lucha contra la impunidad. A nivel del órgano investigador, es importante reconocer los resultados de la creación de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía General de la Nación, que tuvo lugar en 1994, mediante la Resolución 2725 del 9 de diciembre. En las diversas entrevistas, tanto los funcionarios del Estado como los representantes de víctimas coincidieron en señalar los avances que se presentaron en materia de investigación a raíz de la creación de esta Unidad, ya que fue posible generar estrategias unificadas en torno a las violaciones de los derechos humanos y dedicar mayores recursos –tanto humanos como técnicos– a este tipo de casos. Precisamente, un antiguo funcionario de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH señaló que en comparación con otros fiscales, los de esta Unidad cuentan con un número mayor de investigadores y un menor número de casos asignados.⁵⁴ La focalización de los recursos hacia un determinado tipo de noticias criminales generó una mejor comprensión de los fenómenos detrás de las violaciones y una especialización del conocimiento que puede reflejarse en diversos resultados en el futuro.

Sin perjuicio de estos avances, a continuación, se describen los principales obstáculos identificados durante la implementación de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar en Colombia.

2.1. Demoras asociadas a los conflictos de competencia entre jurisdicciones

Los conflictos de competencias entre jurisdicciones requieren el pronunciamiento de un tercero imparcial que determine el juez competente para conocer de un determinado asunto, lo cual puede generar demoras y, en ocasiones, decisiones que se enfrentan a los estándares de acceso a la justicia en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Una de las líneas jurisprudenciales más importantes y consistentes de la Corte IDH sobre protección judicial establece claramente las limitaciones de la justicia militar en casos de graves violaciones de los derechos humanos. De acuerdo con las garantías del debido proceso y el recurso judicial efectivo contenidas en los artículos 8 y 25 de la CADH, la Corte IDH ha establecido que la jurisdicción penal militar no satisface

⁵⁴ Entrevista con un antiguo funcionario de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, cit.

los requisitos de independencia e imparcialidad que deben caracterizar a la función judicial y, en este sentido, en un Estado democrático debe ser restrictiva y excepcional. La justicia castrense únicamente puede conocer de procesos donde (i) el acusado y la víctima son militares activos, y (ii) el delito es de naturaleza castrense y es cometido en ejercicio de las funciones de defensa y seguridad de las fuerzas armadas.⁵⁵ Por consiguiente, la Corte IDH ha establecido las siguientes limitaciones a la justicia penal militar:

1. La imposibilidad de juzgar civiles por medio de esta jurisdicción.
2. La imposibilidad de juzgar militares retirados por medio de esta jurisdicción.
3. La imposibilidad de juzgar graves violaciones de los derechos humanos en tribunales castrenses.

Por lo general, estas limitaciones se resuelven durante la etapa de juicio; en varios casos contra Colombia, esta situación se había subsanado antes de llegar a conocimiento de la Corte cuando la justicia ordinaria había asumido procesos penales tramitados previamente en la jurisdicción penal militar.⁵⁶

Sin embargo, el estudio de las resoluciones de cumplimiento permite ver que los conflictos de competencias entre jurisdicciones pueden generar demoras durante la etapa de implementación de las sentencias y afectar el cumplimiento de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

Las resoluciones de seguimiento del Caso 19 Comerciantes vs. Colombia reflejan los obstáculos para dejar sin efectos las decisiones de la jurisdicción penal militar en un caso de graves violaciones de los derechos humanos que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH, eran de competencia de la justicia ordinaria. En este caso, la justicia ordinaria vinculó a cuatro militares en 1996 por la supuesta participación en la desaparición y ejecución extrajudicial de las víctimas; sin embargo, tras un conflicto de competencia resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura, el caso pasó a la jurisdicción penal militar, donde se ordenó la cesación de procedimientos en un lapso de siete meses. Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar, que también denegó el recurso extraordinario de

⁵⁵ Eduardo Ferrer, “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal”, *Revista IIDH*, núm. 59, 2014, pp. 29-118.

⁵⁶ Por ejemplo, esta situación se presentó en el Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia y en la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Sin embargo, en este último caso, la Corte IDH resaltó las demoras que se presentaron en el conflicto de competencias, pues la jurisdicción ordinaria ordenó que el proceso en contra de un teniente pasara a la Fiscalía, pero solo se dio cumplimiento después de 14 años, situación que fue calificada por la Corte IDH como de extrema negligencia. Estas demoras impactaron la etapa de implementación y solo 22 años después de los hechos, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga profirió una sentencia condenatoria contra el mencionado teniente.

casación.⁵⁷ Este fue uno de los elementos que sustentó la violación de las garantías judiciales en la sentencia y que dio origen a la orden de continuar las investigaciones contra los agentes del Estado que participaron en los hechos.

Posteriormente, durante la etapa de implementación se presentarían obstáculos para dejar sin efectos las decisiones proferidas en la justicia penal militar y cumplir con la orden de la Corte IDH para investigar a los agentes del Estado que participaron en los hechos. En 2006, dos años después de la sentencia de la Corte IDH y ocho años después de la sentencia de segunda instancia, la Procuraduría General de la Nación interpuso una acción de revisión contra la decisión del Tribunal Superior Militar, que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia en el 2008.⁵⁸

En esta decisión, la Corte decretó la nulidad de lo actuado en la justicia penal militar y ordenó reabrir la investigación en contra de los militares en la justicia ordinaria.⁵⁹ Como consecuencia de esta decisión, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía reabrió la investigación y llamó a indagatoria a los militares; sin embargo, un año después falleció el militar de más alto rango implicado en este caso (un general) sin que para este momento existiera una decisión definitiva sobre la responsabilidad penal de los agentes del Estado. En este caso, se puede constatar cómo la sentencia proferida por la justicia penal militar generó una demora importante en el esclarecimiento de la participación de agentes del Estado, hasta el punto que las autoridades competentes solo asumieron conocimiento 21 años después de los hechos.

De manera similar, la supervisión del Caso Valle Jaramillo *vs.* Colombia permite ver las demoras del recurso de revisión en la Corte Suprema de Justicia, puesto que la Fiscalía interpuso la acción antes de la sentencia de la Corte IDH, fue admitida en 2008, pero un año después murió uno de los imputados⁶⁰ y tres años después se encontraba en la etapa previa a los alegatos finales.⁶¹ En esta ocasión, la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Fiscalía había solicitado la aplicación de la causal tercera de revisión para dejar sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Medellín que había absuelto a dos personas señaladas como autores del homicidio de Jesús María Valle Jaramillo. Las resoluciones de cumplimiento de este caso que se pronuncian sobre las órdenes de investigar son anteriores a la sentencia

⁵⁷ Corte IDH, Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 109.

⁵⁸ Corte IDH, Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 julio de 2007, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁵⁹ Human Rights Watch, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁰ Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2010, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁶¹ Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros *vs.* Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de febrero de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

nacional; no obstante, el pasado 6 de julio de 2011 la Corte Suprema de Justicia declaró fundada la causal de revisión, invalidó parcialmente la sentencia absolutoria y dispuso remitir el expediente a reparto de los jueces penales del circuito especializado de Medellín para continuar la audiencia pública.⁶²

2.2. Obstáculos para alcanzar los niveles de convencimiento requeridos para establecer la responsabilidad penal individual

Cabe recordar que durante las investigaciones asociadas a graves violaciones de los derechos humanos, los Estados no se pueden sustraer de las obligaciones internacionales derivadas del derecho al debido proceso que les asiste a los procesados. En los dos regímenes procesales vigentes en Colombia existen unos estándares mínimos para establecer la responsabilidad penal de los acusados y, como consecuencia, proferir sentencias condenatorias. El artículo 232 de la Ley 600 de 2000 establece: “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”, mientras que el artículo 7° la Ley 906 de 2004 establece: “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda”, y, posteriormente, el artículo 381 señala que para proferir sentencias condenatorias “se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”.⁶³

Los estándares de convencimiento mencionados, sumados a otras garantías del debido proceso, como la presunción de inocencia y el principio de favorabilidad, imponen la necesidad de aportar múltiples medios de prueba que conduzcan al juez a un convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal de los acusados, ya sea a título de autores o partícipes.

Para ilustrar los obstáculos que enfrentan las autoridades judiciales para alcanzar los niveles de certeza probatorios de la responsabilidad penal individual, se puede traer a colación la implementación de la sentencia de Wilson Gutiérrez Soler.

Como se mencionó, fue a partir de la sentencia de la Corte IDH cuando se logró surtir la acción de revisión a nivel interno, dejando sin efectos las decisiones absolutorias adoptadas por la justicia penal militar y se ordenó volver a investigar al coronel de la Policía procesado por cometer tortura. Esto condujo a una investigación en la justicia ordinaria y a una sentencia condenatoria en primera instancia. Sin embargo, durante la apelación, el juez de segunda instancia determinó que Wilson Gutiérrez Soler se había autolesionado, poniendo en tela de juicio el dicho de una víctima reconocida por la Corte IDH. A pesar de la presentación de un recurso de

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 6 de julio de 2011, Rad. 29075.

⁶³ Ley 906 de 2004.

casación, la sentencia absolutoria fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia el pasado 21 de febrero de 2018.

Al respecto, es necesario tener en cuenta la naturaleza del recurso extraordinario de casación, y las exigencias y restricciones que presenta para reabrir debates ventilados ante los jueces de instancia. Precisamente, el carácter extraordinario de este recurso impide cuestionar libremente los hechos y la responsabilidad determinada en el proceso penal que, en principio, tendría su fin en la sentencia de segunda instancia. Por otra parte, este recurso es extraordinario porque constituye una excepción al principio de la cosa juzgada, ante la posibilidad de anular las sentencias y reemplazarlas, cuando se verifica la existencia de errores, con la entidad suficiente para negar su legalidad.⁶⁴ En este sentido, la demanda de casación tiene que estar sustentada en las causales establecidas en los códigos penales, cada uno de los cuales debe ser demostrado y no puede exceder los hechos abordados en las sentencias anteriores.⁶⁵

Teniendo en cuenta las limitaciones del recurso de casación, el análisis de la Corte Suprema de Justicia se enfocó en determinar la existencia de los errores de hecho alegados por la Fiscalía y la parte civil, que atacan principalmente el análisis probatorio realizado por el Tribunal Superior de Bogotá y lo llevó a señalar que Wilson Gutiérrez Soler se había autolesionado. La Corte Suprema de Justicia confirmó en su integridad la decisión de segunda instancia por considerar que el Tribunal tuvo en cuenta todos los medios de prueba y que los cargos alegados, tanto por la Fiscalía como por la parte civil, solo mostraban discrepancias con la valoración de las pruebas, mas no errores con la trascendencia necesaria para invalidar la sentencia ni demostrar la culpabilidad del procesado.⁶⁶

⁶⁴ Respecto a la naturaleza de la casación en materia penal, la Corte Constitucional ha señalado que “no se vuelve a juzgar al procesado cuya situación jurídica ya fue definida por los jueces de instancia, sino la legalidad del fallo, es decir si la decisión fue dictada con la estricta observancia del ordenamiento legal y constitucional. Las razones en que se fundamenta la sentencia condenatoria en uno y otro caso también son diferentes. Mientras que en el caso de las decisiones de instancia ella surge de la valoración de los hechos y de la conducta de los particulares frente a las normas penales, en el otro ella surge de la valoración hecha a la actuación del juez” (Corte Constitucional, Sentencia C-998 de 2004).

⁶⁵ Alfonso Daza y José Rory Forero, *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: admisibilidad, errores y causales*, Bogotá, Universidad Libre, 2017.

⁶⁶ En el recurso de casación se alegaron diversos errores de hecho en la sentencia de segunda instancia. Frente al alegato de no valorar dos testimonios que daban cuenta de la tortura, la Corte Suprema consideró que los testimonios señalados fueron considerados en los fundamentos de la sentencia; sin embargo, fueron rechazados por las contradicciones apreciadas por el tribunal. De otro lado, respecto a la omisión de una valoración psiquiátrica que señalaba los efectos del hecho en la víctima, la Corte señaló que dicho examen hizo parte del acervo probatorio de la decisión y fue apreciado. El hecho de que la valoración del juez haya sido distinta a la pretendida por la Fiscalía, no implica que se configure el error de hecho. Respecto a la omisión de la versión de un forense que presentó un dictamen sobre

Como se observa, la segunda instancia consideró que las pruebas no tenían la entidad para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado por la tortura y, por el contrario, señaló que fue la víctima quien causó las heridas en su propio cuerpo (una víctima que incluso tuvo que salir al exilio por las amenazas que habrían recibido él y su familia por haber denunciado los hechos). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló:

Frente a la duda que deja la prueba analizada, la sentencia no merece objeción alguna, pues es claro que la misma debe ser absuelta a favor del acusado, la cual no significa según lo ha expuesto la jurisprudencia, que se reconozca su inocencia, sino que no se obtuvo la prueba en el grado de convencimiento que exige la ley, que hubiera dado a emitir un fallo de condena.⁶⁷

Tal como hemos mencionado previamente, el debate que surge es si aquellas decisiones absolutorias de la responsabilidad penal individual necesariamente constituyen una situación de impunidad o pueden ser valoradas como un esfuerzo genuino por administrar justicia, a pesar de obtener un resultado que no conduzca a una sanción.

En este escenario, la Corte Suprema de Justicia reconoció el carácter definitivo e inapelable de la sentencia proferida por la Corte IDH y, antes de pronunciarse sobre los errores de hecho alegados en el recurso de casación, señaló: “La condena al Estado colombiano por incumplimiento de sus obligaciones de investigar de manera eficaz el hecho violatorio de los derechos humanos de Wilson Gutiérrez Soler no

las quemaduras que presentaba Gutiérrez, lo cual permitía diferenciar las heridas denunciadas, de las que se habría causado Gutiérrez en el evento de haberse autolesionado, la Corte Suprema señaló que “el recurrente le da a la prueba omitida un alcance que no tiene”, pues el dictamen no era concluyente en las diferencias sostenidas por la Fiscalía. En todo caso, según la Corte Suprema, esta prueba no disipa las dudas del tribunal sobre las heridas propinadas, las razones y su autor. Respecto a que los conceptos psicológicos y psiquiátricos que descartaban la posibilidad de una autolesión fueron tergiversados, la Corte Suprema indicó que el tribunal admitió estas pruebas pero estas no permitían llegar a obtener certeza sobre los hechos y descartar la posibilidad de la autolesión de Gutiérrez. Consideró entonces que la discrepancia que existe sobre la valoración de esta prueba no configura el error alegado y en todo caso, “ellos por sí solos no constituyen prueba en contra del procesado”. En cuanto al alegado cercenamiento de las versiones del procesado y un testigo sobre el momento de llegada al sitio donde se señala que tuvo lugar la tortura, la Corte Suprema consideró que “la falta de credibilidad de la víctima depende de pruebas que la refutan y no de la hora de llegada” del testigo al lugar. Finalmente, respecto a la omisión de una prueba documental en la que constan las heridas de Gutiérrez y la magnitud, que permiten descartar la tesis de autolesión, se señaló que este medio de prueba, que fue omitido por el tribunal, “no es congruente con la narración de Gutiérrez” y que “no existe ningún elemento de convicción que indique que el trauma fue causado cuando se encontraba retenido en las dependencias del Unase” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 21 de febrero de 2018, Rad. 48472).

⁶⁷ *Idem*.

hace *ipso facto* culpable” al procesado.⁶⁸ En este sentido, la Corte Suprema deslinda el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y sancionar, de una decisión de condena, lo cual le permite, en su opinión, adoptar su decisión sin desconocer el fallo internacional.

Es así como la Corte Suprema realiza una interpretación del mandato de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y determina: “La obligación impuesta es la de investigar y juzgar al autor o autores, y no la de condenar ineludiblemente a quien es vinculado al proceso, pues el ordenamiento jurídico impone requisitos probatorios para un fallo de esa naturaleza”,⁶⁹ retomando, de manera implícita, que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

De esta manera, la Corte reafirma la independencia que existe entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal individual de las personas señaladas de cometer las violaciones de los derechos humanos que se determina a nivel interno, en la cual destaca que deben respetarse las garantías del debido proceso y debe superarse el umbral probatorio necesario para demostrar todos los elementos del delito, lo cual implica probar la autoría o participación de los sindicados.

Finalmente, la Corte concluye que la sentencia absolutoria en materia penal “no desconoce ni controvierte la sentencia de la Corte IDH”, con un claro enfoque en la determinación de la responsabilidad penal individual. Sin embargo, cabría preguntarse si la verdad judicial que quedó establecida a nivel interno, negando la existencia de la tortura, controvierte la sentencia de Wilson Gutiérrez Soler vs. Colombia. En efecto, la Corte Suprema de Justicia no se pronunció sobre la existencia de la tortura, que es precisamente la discrepancia principal entre la sentencia internacional y la sentencia de segunda instancia que prácticamente negó los hechos que la Corte IDH dio por probados y sustentaron la responsabilidad internacional del Estado colombiano. Asimismo, en la supervisión de cumplimiento, la Corte IDH tendrá que valorar en detalle el manejo que se le haya dado al Protocolo de Estambul y a las precisiones que ha hecho la Relatoría de las Naciones Unidas en temas de tortura, respecto a la debida diligencia y particularidades específicas que tiene la investigación de este tipo de hechos, en especial respecto a la ponderación de prueba.

Esta situación llama la atención durante la etapa de implementación de las sentencias de la Corte IDH, si se tiene en cuenta que el procedimiento ante el SIDH contempla diferentes previsiones legales para decantar el debate sobre los hechos, tanto en la CIDH como en la Corte IDH. Lo anterior, sumado a que desde la etapa de admisibilidad se exige el agotamiento previo de los recursos internos para proteger los derechos y que, frente al caso particular, el Estado reconoció los hechos de tortura ante la Corte IDH.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

Hasta el momento, la Corte IDH no se ha pronunciado sobre el cumplimiento de las órdenes de investigar en este caso⁷⁰ y el cuestionamiento de los hechos que dieron lugar a su sentencia. Al respecto, podría pensarse que el rigor en la determinación de hechos durante todas las etapas del litigio interamericano puede repercutir en el grado de implementación de las sentencias y que, a pesar de los allanamientos y aceptaciones de responsabilidad, la determinación con claridad y precisión, en sede internacional, de la existencia de los hechos constitutivos de graves violaciones de los derechos humanos puede contribuir a la implementación de las decisiones.

2.3. Obstáculos derivados del transcurso del tiempo y su impacto en el análisis probatorio

El tiempo que transcurre entre el momento en que ocurren las violaciones de los derechos humanos y el inicio de las investigaciones es un obstáculo para el cumplimiento de las órdenes de justicia. Este aspecto puede asociarse también con el tema que analizamos previamente sobre los estándares de certeza que se exigen para declarar la responsabilidad penal de una persona.

En efecto, el transcurso del tiempo dificulta y, en algunas ocasiones, imposibilita la recolección de pruebas fundamentales para llevar a buen término las investigaciones penales.⁷¹ Esto, a su vez, afecta las condiciones necesarias para alcanzar el grado de certeza que exige la ley a fin de desvirtuar la presunción de inocencia (*indubio pro reo*) y puede generar escenarios de duda razonable en el juzgador.

En Colombia, esta situación se presentó durante la implementación de la sentencia del Caso sobre los Desaparecidos del Palacio de Justicia, cuando la Corte Suprema de Justicia desvirtuó una prueba obtenida años después de los hechos y absolvió a una persona que se encontraba condenada, por considerar que no había certeza suficiente para proferir una condena y, por lo tanto, procedía aplicar el principio *in dubio pro reo* en su favor.⁷²

Este caso muestra las complejidades de conducir investigaciones penales después de un periodo de tiempo importante, ya que se reducen las posibilidades de

⁷⁰ La última resolución de seguimiento en el Caso Wilson Gutiérrez Soler vs. Colombia fue emitida el 8 de febrero de 2012.

⁷¹ Piénsese, por ejemplo, en las pruebas que se practicarían en un caso de tortura o de violaciones del derecho a la integridad personal.

⁷² Las condenas en primera y segunda instancia contra un coronel fueron valoradas por la Corte IDH durante el trámite del caso. Con posterioridad a la decisión interamericana, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió la sentencia del recurso de casación y decidió su absolución. En particular, la Corte desvirtuó la tesis según la cual el coronel cometió el delito de desaparición forzada de dos personas a título de autor mediato en estructuras organizadas de poder, tras un análisis probatorio en el cual descartó los elementos de esta modalidad de autoría, además del control sobre las personas detenidas y las órdenes dirigidas a ejecutarlos, que se habían sustentado con un testimonio obtenido años después de los hechos.

aportar medios de prueba suficientes para alcanzar los estándares de certeza exigidos para desvirtuar la presunción de inocencia. En algunos casos contra Colombia, las violaciones de los derechos humanos reconocidas por la Corte IDH transcurrieron hace 20 o 25 años, lo que genera todo tipo de obstáculos para la recolección de pruebas, testimonios y elementos que permitan llevar a cabo juicios penales con éxito. A pesar de los esfuerzos, en numerosas ocasiones los fiscales se enfrentan a la falta parcial o absoluta de evidencias, por ejemplo, los cuerpos ya no existen, las escenas del crimen ya no sirven para aportar pruebas, los testigos han muerto o se han trasladado, entre otros.⁷³

Con el paso del tiempo, los medios de prueba se limitan a los testimonios; sin embargo, este medio de prueba tiene limitaciones importantes, ya que parten de apreciaciones sobre los hechos, dependen de la memoria y las circunstancias que rodean al testigo y, además, generan algunos desafíos para alcanzar los estándares de certeza exigidos en un proceso penal.

2.4. Obstáculos para investigar delitos cometidos por actores armados y agentes del Estado

Existen dificultades inherentes al conflicto armado interno y al poder de los grupos al margen de la ley para obstruir las investigaciones de graves violaciones de los derechos humanos. La prolongación y degradación del conflicto armado en Colombia ha sido reconocida en numerosos pronunciamientos de la Corte IDH en el momento de valorar la complejidad de las investigaciones y constituye un obstáculo para administrar justicia, al menos, por las siguientes razones:⁷⁴

1. Los múltiples actores en conflicto generan un nivel de violaciones de los derechos humanos que sobrepasan la capacidad institucional de la Fiscalía y de la Rama Judicial;⁷⁵
2. los actores armados ilegales ejercen control sobre determinados territorios donde la población civil no recibe la protección del Estado y la institucionalidad presente es muy débil;
3. los actores armados tienen la capacidad de amenazar o cometer agresiones en contra de los testigos, las víctimas y los investigadores y operadores judiciales;⁷⁶
4. los actores armados tienen la capacidad de cooptar las instituciones locales para procurar su impunidad por diferentes medios.⁷⁷

⁷³ Mónica Fonseca, entrevista del 19 de diciembre de 2016.

⁷⁴ Para profundizar en este tipo de desafíos, véase Mauricio García Villegas, *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Dejusticia, 2008.

⁷⁵ Mónica Fonseca, cit.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ Jomary Ortegón, entrevista del 12 de julio de 2017.

También existen desafíos para investigar y sancionar a los agentes del Estado que cometieron o permitieron las graves violaciones de los derechos humanos. La creación de la JEP en Colombia tiene como uno de sus puntos de partida algún nivel de falta de voluntad de investigar a los máximos responsables y los agentes del Estado que participaron en cierto tipo de atrocidades. En muchos casos, las autoridades judiciales han concentrado su actuación en los ejecutores directos del delito, vinculan a algunos miembros de la fuerza pública, pero no se ha logrado un importante y diligente impulso de ciertos procesos contra autores intelectuales y máximos responsables. A continuación se traen a colación algunos casos en Colombia en los que la Corte IDH reconoció la participación de agentes del Estado y altos rangos militares que no registran avances sustanciales en los procesos penales o que han enfrentado desafíos asociados a amenazas e intimidaciones contra operadores judiciales:

1. En la sentencia sobre la masacre de La Rochela y en la supervisión de cumplimiento del 26 de agosto de 2010 se puede ver que tan solo existe una condena contra un suboficial de la fuerza pública y dos militares vinculados, a pesar de que existían múltiples elementos para vincular a algunos altos mandos militares desde el inicio de la investigación.
2. En el caso de Manuel Cepeda Vargas, el Estado investigó a los autores materiales del homicidio y, salvo una investigación contra un exintegrante del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS),⁷⁸ no se registran mayores avances en las investigaciones de los agentes del Estado involucrados ni de los máximos responsables detrás de la acción de los sicarios. Respecto de las líneas lógicas de investigación que permitieran la judicialización de los autores intelectuales y develar las alianzas entre las fuerzas militares con grupos paramilitares, los representantes de víctimas resaltaron dos factores que fueron omitidos a nivel interno:
 - a) La investigación del llamado “Plan golpe de gracia”, que consistía en asesinar a cinco personas pertenecientes al partido político Unión Patriótica y que había sido negado a nivel interno.
 - b) La omisión en el estudio de la cadena de mando de los militares condenados por este caso, la falta de vinculación de paramilitares identificados durante el proceso penal y la extradición de comandantes de este grupo armado.⁷⁹
3. En el seguimiento de la sentencia sobre la Masacre de Mapiripán, la Corte señaló que subsiste la impunidad en este caso por la falta de investigación y

⁷⁸ El DAS era el principal organismo de inteligencia en Colombia que fue suprimido en el año 2011, tras demostrarse la vinculación de varios de sus integrantes en graves violaciones de los derechos humanos.

⁷⁹ Corte IDH, Caso Cepeda Vargas vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

vinculación de los agentes del Estado que permitieron la masacre, pues esta “no habría podido perpetrarse sin su colaboración, aquiescencia y tolerancia, inclusive de altos funcionarios de aquéllas”.⁸⁰

4. Finalmente, en el Caso de los Desaparecidos del Palacio de Justicia,⁸¹ algunos funcionarios encargados de la investigación y el juzgamiento fueron objeto de amenazas e intimidación.⁸² Una jueza y una fiscal que trabajaron en el caso denunciaron amenazas de muerte que las llevaron a salir del país y al exilio.⁸³ Además, una fiscal del caso fue investigada penal y disciplinariamente, siendo absuelta posteriormente.⁸⁴

Frente a este tipo de obstáculos, en las entrevistas se mencionaron algunas estrategias de las organizaciones ante la falta de respuesta de la justicia penal. Por ejemplo, las solicitudes de medidas de protección para determinados fiscales y jueces. Por otra parte, en algunas ocasiones se ha considerado prioritario solicitar un cambio de radicación cuando los fiscales locales y seccionales asumen conocimiento de casos que representen graves violaciones de los derechos humanos, ya que en raras ocasiones se presentaban avances por esta vía y son funcionarios que pueden estar amenazados y expuestos a presiones de los poderes locales o de grupos armados. Para este propósito, los litigantes le solicitan al fiscal general de la Nación el cambio de radicación a unidades nacionales, asunto que debe ser decidido directamente por este funcionario, mediante resolución motivada.

Por otra parte, cuando se generaban estancamientos en los procesos penales, algunos representantes de víctimas procuraban el impulso de las investigaciones disciplinarias, por medio de las dependencias especializadas en derechos humanos de la Procuraduría General de la Nación. Esta posibilidad de atribuir responsabilidad por diferentes vías ha resultado útil para que los representantes de víctimas puedan solicitar la separación del cargo de los agentes del Estado involucrados en graves violaciones de los derechos humanos.

⁸⁰ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

⁸¹ Corte IDH, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 287.

⁸² Marcela Briceño Donn, entrevista del 23 de junio de 2017.

⁸³ La jueza denunció sufragios que llegaron a su casa, amenazas, seguimientos y hostigamientos a su familia (*El Espectador*, “María Jara, desde el exilio, habla de amenazas en su contra”, 22 de noviembre de 2010).

⁸⁴ *El Espectador*, “He sido perseguida adonde voy”: exfiscal del proceso Plazas Vega, 7 de septiembre de 2019.

2.5. Ausencia de articulación institucional

La materialización de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar depende en buena parte de la capacidad de coordinación y articulación entre diversas entidades estatales que pertenecen a diferentes ramas del poder público. Para este propósito, el papel de la Rama Judicial es crucial, pero –como señala Alexandra Huneus–,⁸⁵ no es exclusivo y no debería ser excluyente.

En el plano internacional, el Estado opera como uno solo y su vocería generalmente está a cargo del Ejecutivo; sin embargo, a nivel interno existe una distribución de competencias que supone una frontera importante entre las entidades y genera el reto de actuar de manera coordinada. En Colombia, la Constitución establece la división de poderes, pero a la vez propende a la colaboración armónica entre estos, y existen diferentes instrumentos normativos que desarrollan estos principios. Sin embargo, las entrevistas permitieron detectar que la implementación de esta colaboración armónica es un gran reto y que la articulación interinstitucional no es una cuestión sencilla de lograr. Algunas entrevistas evidenciaron este tipo de obstáculos para acceder a la información durante el litigio ante la Corte IDH y la implementación de sus decisiones:

1. En diferentes ocasiones se alegó la reserva de la información ante la Cancillería, en especial de aquellas investigaciones desarrolladas en el marco del antiguo Código Penal.
2. En otros casos, la consecución de la información judicial enfrentaba obstáculos operativos. Por ejemplo, la información en el interior de la Fiscalía General de la Nación no está centralizada y su recolección es un proceso complejo. Por la estructura de la entidad, las investigaciones sobre los hechos de las sentencias de la Corte IDH pueden estar en unidades distintas (Vida, Terrorismo, Derechos Humanos y DIH, entre otras). Cuando se necesita acceder a la información, la Cancillería se comunica con la Oficina de Gestión Internacional de la Fiscalía que opera como un canal de comunicación y se encarga de compilar la información de los procesos en la entidad.
3. En determinadas ocasiones, la información que logra recolectar la Cancillería no es consistente, situación que se presenta entre las diferentes fuentes e incluso con la información que proviene de una misma entidad.
4. La recolección de información con la Rama Judicial presenta mayores dificultades. Si bien la Cancillería acude al Consejo Superior de la Judicatura para reportar los resultados de los procesos judiciales, la tarea se dificulta porque la Rama no tiene un vocero ante las demás entidades del Estado, no existe un responsable visible de hacer cumplir los requerimientos de la

⁸⁵ Alexandra Huneus, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 2, 2011.

Cancillería y el Consejo Superior no siempre logra conseguir información de los juzgados de instancia. A nivel de las altas cortes la información es más asequible y de mejor calidad.⁸⁶

Con la entrada en funcionamiento de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, algunos problemas de acceso a la información mejoraron en el sentido de acceder a un mayor número de expedientes en la Fiscalía. Sin embargo, en algunas ocasiones persisten las barreras de información cuando los expedientes están en juzgados. Durante el litigio ante el SIDH, el Estado se enfrenta a problemas estructurales de gestión y sistematización de la información, por ejemplo, la Rama Judicial no cuenta con un sistema de información que cubra el cien por ciento de los juzgados, los que existen solo registran determinadas actuaciones en términos generales y no permiten el acceso a los documentos. En Colombia, prácticamente todos los procesos judiciales se tramitan en papel –durante años no ha sido posible implementar el expediente electrónico–, lo cual genera demoras y dependencia frente a los despachos de fiscales y jueces para su acceso.⁸⁷

En muchas ocasiones el Estado no controla su información y no siempre es por falta de voluntad; por ejemplo, en los casos antiguos no existía cultura del archivo y en los más recientes, a veces, no es posible saber ni siquiera si se agotaron los recursos internos con el uso de los sistemas de información disponibles.⁸⁸ Esto dificulta la estrategia de defensa del Estado y muestra que existe un verdadero reto en materia de articulación interinstitucional que permita la acción coordinada de las diferentes entidades que tienen a su cargo la protección y garantía de los derechos humanos.

Conclusiones y consideraciones finales

En este texto hemos analizado algunos factores que afectan la implementación y el cumplimiento de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar adoptadas en algunos casos de la Corte IDH contra Colombia. Cada caso valorado es un universo muy diferente, teniendo en cuenta que se pueden encontrar en distintas fases de investigación y que durante la implementación se reflejan las particularidades de las graves violaciones de los derechos humanos que dieron origen al litigio. Sin embargo, el diagnóstico preliminar ofrecido en este texto puede servir de insumo para discusiones de política pública sobre cómo fortalecer las investigaciones penales en esta materia.

Desde la perspectiva de cada caso, se pueden presentar situaciones de inactividad, bloqueo y avances en las investigaciones, que justifiquen la adopción de estrategias

⁸⁶ Entrevista con Mónica Fonseca, cit.

⁸⁷ Entrevista con Ángela María Ramírez, cit.

⁸⁸ *Idem*.

distintas por parte de la Corte IDH, de las autoridades judiciales y de las víctimas. También existen diferencias sustanciales en la viabilidad de obtener justicia, determinadas por el paso del tiempo, la disponibilidad de las pruebas y las particularidades asociadas a los perpetradores y las estructuras criminales que inciden en la posibilidad de administrar justicia.

Desde una perspectiva general, es posible afirmar que, en la línea del estudio realizado por Urueña, Anzola y Sánchez, el cumplimiento de las órdenes de investigar, juzgar y sancionar no tendría obstáculos legales y jurídicos en Colombia, ya que se trata de una obligación preexistente a las sentencias de la Corte IDH, las cuales gozan de fuerza ejecutoria a nivel interno y la jurisprudencia es pacífica en torno a su obligatoriedad para las autoridades estatales.⁸⁹ En este texto hemos identificado los siguientes *factores jurídicos* relevantes que impactan en el cumplimiento de las órdenes de justicia:

1. La transformación interna de normas procesales y la aplicación en el tiempo de estándares internacionales.
2. La aplicación de las normas sobre jurisdicción penal militar en casos de graves violaciones de los derechos humanos, lo cual generó demoras en numerosos casos y situaciones de impunidad en otros.
3. Los estándares probatorios exigidos para declarar la responsabilidad penal individual, los cuales constituyen una garantía para los acusados, pero en algunos casos generan diversos niveles de complejidad para impulsar una rendición de cuentas sobre las graves violaciones de derechos humanos.

A estos factores legales se suman los *obstáculos materiales* para el cumplimiento de las órdenes de justicia: el paso del tiempo, problemas de incapacidad institucional de las autoridades competentes para realizar las investigaciones penales, la dificultad que representa investigar conductas cometidas por grupos armados ilegales, o las presiones y amenazas que han recibido diversos funcionarios, testigos o víctimas. En particular, se aludió a las dificultades que existen para adelantar investigaciones cuando los actores ilegales tienen la capacidad de ejercer poder por la vía armada y, en ocasiones, cooptar los poderes locales. De igual manera, la comprensión de los fenómenos de macrocriminalidad y la persecución penal de máximos responsables dentro de estructuras criminales complejas constituye un reto que ha generado profundas transformaciones en la forma de investigar.⁹⁰

⁸⁹ Sergio Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez, René Urueña, *Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Uniandes, 2017, pp. 7-76.

⁹⁰ Durante la implementación del proceso de justicia y paz aplicable a los grupos paramilitares se pudo comprobar que la cantidad de actores y hechos victimizantes rebasaron la capacidad institucional de la Fiscalía, lo cual condujo a la modificación de las herramientas tradicionales para la investigación y a la construcción de contextos para abordar este tipo de

De esta manera, el cumplimiento de las órdenes de justicia está permeado por las condiciones de seguridad y los factores sociopolíticos de un Estado en diferentes momentos. La justicia penal funciona como una especie de espejo de los problemas estructurales de un Estado y, en numerosas ocasiones, refleja las relaciones de poder asimétricas que existen entre las víctimas y los acusados.

Este tipo de factores y obstáculos no necesariamente implica que las investigaciones estén destinadas a fallar y que no sea posible generar condiciones que permitan el éxito de la persecución penal. Al respecto, desde un *punto de vista institucional*, es importante señalar que en Colombia existen instancias para el seguimiento e implementación de las sentencias de la Corte IDH que, en principio, impulsan el cumplimiento de las órdenes de justicia. Sin embargo, en este punto es necesaria una mayor coordinación entre todas las entidades del Estado relacionadas con la administración de justicia penal, que pueden tener visiones e incentivos distintos. La acción unificada y coordinada del Estado no siempre es posible y puede variar durante todo el proceso ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Además, sobre las órdenes en materia de justicia se presenta una complejidad adicional dada por la dispersión de información judicial que hay en Colombia, la ausencia de un interlocutor único de la Rama Judicial y las barreras que pueden existir en momentos determinados con el Ejecutivo. Así, a pesar de contar con instancias interinstitucionales como la Comisión Intersectorial de Derechos Humanos (Decreto 321 de 2000), la interacción entre autoridades se enfrenta al reto de tener un Estado fragmentado y a los problemas de gestión y sistematización de la información en la justicia colombiana.

Finalmente, desde un análisis del *trabajo de Corte IDH*, persisten las dificultades para compeler a los Estados a cumplir sus sentencias. Si bien es importante reconocer los avances que se han presentado en el seguimiento que realiza el tribunal, como las audiencias públicas, los seguimientos por país y la creación de un equipo permanente para esta labor, todavía cabe preguntar si es posible desarrollar otro tipo de mecanismos para impulsar el cumplimiento y aumentar los interlocutores de la Corte para este propósito. Por ejemplo, el espacio ante la Asamblea General de los Estados Parte de la OEA podría ser explotado en mayor medida para impulsar la implementación. Asimismo se podrían refinar las categorías de cumplimiento en la Corte IDH (cumplimiento total, parcial e incumplimiento), para generar metodologías a partir de indicadores construidos con la participación de diferentes sectores.

Lo anterior resulta de especial importancia frente a las órdenes de investigar, juzgar y sancionar a los responsables, ya que actualmente en algunos casos puede no resultar muy clara la valoración de esta obligación de medio. La precisión de

fenómenos. Para un análisis completo de la evolución de la implementación del proceso de justicia y paz, véanse los informes del Observatorio sobre DDR y la Ley de Justicia y Paz del Centro Internacional de Toledo para la Paz (CITpax).

algunos criterios puede generar diversos impulsos a las investigaciones, dialogar con las expectativas y los reclamos de las víctimas y dar líneas de acción a las autoridades estatales.

Todo lo anterior podría sugerir un marco de acción para la Corte IDH, en el sentido de fortalecer su interacción con las instituciones internas y específicamente con los órganos judiciales de los Estados.⁹¹ Las audiencias de supervisión en los Estados han permitido este tipo de interacciones e intercambio de visiones; sin embargo, se podrían explorar canales de diálogo constante y no solo a nivel de altas cortes, sino con los jueces de instancia y las entidades encargadas de la investigación penal, que son los actores más frecuentes en la identificación de obstáculos de cumplimiento y que, a juicio de algunos entrevistados, no están familiarizados con los estándares de justicia de la Corte IDH. Este tipo de prácticas se enmarca en lo que Rodríguez Garavito denomina “activismo dialógico”, en el cual los jueces que constatan la violación de un derecho toman medidas para impulsar o corregir las políticas públicas que lo permitieron; sin embargo, sus decisiones no detallan la política pública, sino que la construyen con la participación de “los interesados en el proceso de seguimiento” y, de esta forma, asumen un papel activo durante esta etapa.⁹² Este es un escenario interesante de acercamiento a los jueces nacionales, familiarización con los estándares de la Corte IDH y sensibilización acerca de los alcances del recurso judicial efectivo, en concordancia con el papel que tienen las autoridades estatales de proteger los derechos humanos y la necesidad de fortalecerlas con este propósito.

Por otra parte, es crucial analizar la actividad de la Fiscalía General de la Nación como órgano competente para adelantar las investigaciones y ejercer la acción penal. Teniendo en cuenta que los fiscales pueden enfrentar obstáculos materiales importantes para la recolección de pruebas, se ha propuesto la adopción de medidas como la declaración de comunidad de prueba para crímenes de sistema, y que respondan a patrones de victimización. También se podría explorar la acumulación de casos similares donde sea posible generar una comunidad de prueba para acelerar los procesos y brindar un mejor entendimiento de las estructuras criminales involucradas en graves violaciones de los derechos humanos.

En suma, el propósito de estas reflexiones iniciales sobre los obstáculos para el cumplimiento de la obligación de investigar es propiciar debates en torno a la protección judicial de los derechos humanos, el fortalecimiento de las capacidades de la administración de justicia y las políticas públicas para combatir la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos. Superar los obstáculos para la implementación de las órdenes de justicia previstas en decisiones de la Corte IDH es un importante paso para garantizar el objetivo último de los tratados de derechos humanos, esto es, mejorar las condiciones a través de las cuales los Estados se convierten en los garantes directos de los tratados interamericanos.

⁹¹ Huneus, *op. cit.*, pp. 526-527.

⁹² Langford, Rodríguez y Rossi, *op. cit.*, p. 122.

Bibliografía

- AMAYA, Álvaro y Mónica TRESPALACIOS, “Retos y desafíos de la ejecución de las reparaciones en materia de justicia de la Corte IDH en relación con Colombia”, *Revista Jurídica. República y Derecho*, 2019.
- ANZOLA, Sergio, Beatriz Eugenia SÁNCHEZ y René URUEÑA, *Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos: una propuesta de metodología*, Bogotá, Uniandes, 2017.
- BALUARTE, David, “Strategizing for compliance: The Evolution of a Compliance Phase of Inter-American Court Litigation and the Strategic Imperative for Victims’ Representatives”, *American University International Law Review*, vol. 27, núm. 2, 2012, pp. 263-321.
- BERMÚDEZ, Andrés, *Los debates de La Habana: una mirada desde adentro*, Bogotá, Institute for Integrated Transitions (IFIT), 2019.
- BERNAL, Gloria, “Las reformas procesales penales en Colombia”, *Revista IUSTA*, vol. 1, núm. 2, 2005.
- CORTE IDH, Casos en etapa de supervisión. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/casos_en_etapa_de_supervision.cfm
- _____, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C.
- _____, Caso Las Palmeras vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso Escué Zapata vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C.
- _____, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 julio de 2007, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2009, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de julio de 2009, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2010, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de febrero de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso Cepeda Vargas vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

- _____, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de junio de 2012, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, Sentencia de 14 de noviembre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C.
- _____, Caso Escué Zapata vs. Colombia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- _____, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2016.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia de 6 de julio de 2011.
- DAZA, Alfonso y José Rory FORERO, *Una aproximación al recurso extraordinario de casación penal desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: admisibilidad, errores y causales*, Bogotá, Universidad Libre, 2017.
- ENGSTROM, Par, “Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System”, *Direito & Praxis*, 2017.
- FERRER, Eduardo, “Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicables a la justicia penal”, *Revista IIDH*, núm. 59, 2014, pp. 29-118.
- GARCÍA, Mauricio, *Jueces sin Estado. La justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Dejusticia, 2008.
- HUMAN RIGHTS WATCH, *¿Rompiendo el control? Obstáculos a la justicia en las investigaciones de la mafia paramilitar en Colombia*, Nueva York, Human Rights Watch, 2008.
- HUNEEUS, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, núm. 2, 2011.
- _____, “International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts”, *American Journal of International Law*, vol. 107, núm. 1, 2013.
- LANGFORD, Malcolm, César RODRÍGUEZ y Julieta ROSSI, *La lucha por los derechos sociales*, Bogotá, Dejusticia, 2017.
- PARRA, Óscar, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 13, núm. 1, 2012, pp. 5-51.
- PÉREZ, Edward de Jesús, “La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes para jurisdicciones nacionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 24, 2018, pp. 337-362.

Diana Fajardo Rivera* (Colombia)

¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos? Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto en el sistema constitucional colombiano**

RESUMEN

Este artículo esboza algunas aproximaciones al concepto de activismo judicial, su justificación y sus riesgos. Defiende la tesis de que en países del Sur Global cierto tipo de activismo es necesario y deseable para materializar los mandatos constitucionales. Dicho comportamiento, además, resulta compatible con el sistema democrático en tanto que, antes que fijar posturas y cerrar debates, lo que el juez constitucional realmente hace es visibilizar problemas que inciden en los derechos fundamentales de las personas y promover la deliberación pública para llegar a una solución.

Palabras clave: activismo, Corte Constitucional, democracia, constitucionalismo, deliberación, audiencia pública, división de poderes, imperio del derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag skizziert einige Überlegungen zum Begriff des Rechtsaktivismus, seiner Begründung und der mit ihm verbundenen Risiken. Dabei vertritt er die Auffassung, dass in den Ländern des globalen Südens ein gewisses Maß an Aktivismus notwendig und wünschenswert ist, um die Verfassungsaufträge umzusetzen. Dieses Vorgehen ist außerdem mit dem demokratischen System insofern vereinbar, als der Verfassungsrichter nicht in erster Linie Positionen festlegt und Debatten abschließt, sondern Probleme sichtbar macht, die auf die Grundrechte der Personen Einfluss nehmen, und die öffentliche Debatte fördert, um zu Lösungen zu gelangen.

* Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia desde junio de 2017.
dianacf@corteconstitucional.gov.co

** Este texto corresponde a la ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre *Rule of Law* y Activismo Judicial, Bogotá, Universidad de La Sabana, 1 y 2 de agosto de 2019.

Schlagwörter: Aktivismus, Demokratie, Konstitutionalismus, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit.

ABSTRACT

This article outlines some approaches to the concept of judicial activism and its justification and risks. It defends the thesis that a certain type of activism is necessary and desirable in Global South countries in order to materialize constitutional mandates. Moreover, this behavior is compatible with the democratic system, in that, before establishing positions and closing debates, what constitutional judges really do is to illuminate problems that affect peoples' fundamental rights and to promote public deliberation in order to arrive at a solution.

Key words: Activism, Constitutional Court, democracy, constitutionalism, deliberation, public hearing, division of powers, rule of law.

Introducción

Activismo judicial no es un concepto inequívoco. Lo primero que deberíamos preguntarnos es qué entendemos por ello, pues claramente hay distintas acepciones y valoraciones. Mientras que en algunos países de Europa el activismo judicial tiene un sentido descalificador, en Latinoamérica, señalar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva, porque se toma en serio su labor.¹ El activismo tampoco es un asunto exclusivo de las llamadas corrientes “progresistas”. De hecho, la jueza Ginsburg, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, catalogó hace unos años a ese tribunal como uno de los más activistas en la historia, y no precisamente por adelantar una agenda de avanzada.²

El activismo se asocia con la predisposición del juez a ejercer un control estricto sobre las normas que profiere el legislador,³ con la fuerza que les da al contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, e incluso con su interferencia en asuntos de política pública, invocando un principio superior de justicia.⁴ Vis-to en abstracto, sin embargo, el debate resulta infructuoso. Habría que indagar, primero, en qué tipo de sociedad se encuentra ese juez, cuáles son los principios de justicia a los que acude y qué tipo de remedios está dispuesto a adoptar.

¹ Manuel Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019.

² Adam Liptak, “Court is ‘one of most activist,’ Ginsburg says, vowing to stay”, *The New York Times*, August 24, 2013.

³ Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346.

⁴ Atienza, *op. cit.*

Propongo dos imágenes de justicia que ayudan a entender el concepto de activismo judicial.

La justicia se nos presenta, usualmente, como una mujer que viste de toga y posa rígidamente, imperturbable y casi estática. En una de las manos sostiene la balanza, en la que sopesa los reclamos de quienes acuden a ella; en la otra, blande una espada que representa la fuerza para ejecutar sus veredictos. En algunas imágenes se incluye, además, una venda, como garantía de su análisis imparcial.⁵ Este es, quizá, el imaginario más extendido de justicia y, en consecuencia, del funcionario judicial ideal. Aquel que pondera objetivamente –casi que matemáticamente– los asuntos que se someten a su jurisdicción, sin más ayuda que una misteriosa y toda poderosa balanza. Para evitar la tentación y las distracciones, una venda cubre sus ojos. No le hace falta enterarse de la realidad que trasciende los expedientes, ni tampoco hacerse muchas preguntas. Al fin y al cabo, como dijo Montesquieu, es la simple “boca que pronuncia las palabras de la Ley”.

Pero esta no es la única representación posible. Para Platón, por ejemplo, la justicia no era una figura solitaria, solía ir acompañada de otras virtudes. La venda, por su parte, es una prenda añadida tardíamente, pues por muchos años fue interpretada como una limitación, o una manera de inducir al error.⁶ En un fallo de 2012, la Corte Constitucional se inclinó por una versión alternativa de justicia. Según la Sala Plena, el juez del Estado social de derecho había dejado de ser aquel “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”,⁷ para convertirse en uno que, desprovisto de sus vendas, abandona el confort del palacio judicial y “se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos”.⁸

Las imágenes anteriores representan dos modelos de justicia. En el primero, el juez es proclive a permanecer estático e imperturbable frente a la realidad que le rodea, pues está convencido de encontrar la respuesta correcta en las reglas fijadas por el legislador, sin tener que ir más allá. En el segundo, por el contrario, el juez es activo, sensible a la sociedad a la que pertenece y está dispuesto a admitir, en casos límite, que las normas entran en tensión con los principios constitucionales, o estos entre sí; y entiende que, para resolver casos difíciles, no basta con acudir a

⁵ Sobre la iconografía de la justicia en Occidente, consultar Judith Resnik y Dennis E. Curtis, “Representing Justice: From renaissance iconography to twenty first century Court-houses”, *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 151, núm. 2, 2007, pp. 139-183. Véase también Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Diego Eduardo López, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-768 de 2014, cit., y C-159 de 7 de marzo de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

silogismos lógicos, ni encerrarse en la soledad epistémica de los códigos. La Corte Constitucional de Colombia se acerca más al segundo modelo de juez y quizá por ello ha sido catalogada como una Corte “activista”.

Quiero ahora formular dos consideraciones sobre esta práctica judicial y su impacto en el sistema constitucional. Primero, el rol que asume el juez está ligado al contexto social y jurídico en el que se encuentra inmerso. Segundo, cuando la Corte Constitucional emprende un papel más activo, este no debe descalificarse de entrada como una afrenta al principio democrático, pues también ha servido para corregir fallas en el proceso democrático y fortalecer los foros de deliberación.

La Constitución Política de 1991 significó una reforma profunda en la organización política y social de Colombia, que se resume en la fórmula “más derechos y más democracia”.⁹ Como otras tantas constituciones del Sur Global, buscaba hacer una ruptura radical con el pasado, pasar la página de la violencia, el autoritarismo, la pobreza y la exclusión, hacia un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto por la dignidad humana.¹⁰ Cuanto más oscura era la realidad colombiana de finales de los años ochenta, más nutrido era el abanico de derechos e instrumentos democráticos que se proponían.

Los primeros años de la Corte Constitucional fueron determinantes para impulsar el proyecto de la Asamblea Nacional Constituyente. En palabras de Ciro Angarita, integrante originario de esta Corte, ser magistrado era la oportunidad “para intentar reconciliar, en lo posible, el derecho con la utopía”;¹¹ esa utopía llamada Constitución que por siglos había pasado inadvertida entre fórmulas pomposas ajenas a la realidad de los colombianos. La primera Corte rápidamente entendió que la disociación entre el derecho y la realidad era una “disfunción contra la cual había que luchar de manera permanente”.¹²

La Constitución prometía una República democrática, participativa y pluralista, y auguraba la vigencia de un *orden justo*.¹³ Incluía para ello una ambiciosa lista de derechos, con algunas ideas muy elementales y otras más novedosas, pero todas igual de distantes de la vida común de los colombianos. Afirmaba, por ejemplo, la inviolabilidad de la vida,¹⁴ la libertad e igualdad real entre las personas,¹⁵ el libre

⁹ Julieta Lemaitre, “El origen de la Constitución de 1991”, en Helena Alviar, *et al.*, *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, p. 17.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 1º.

¹¹ Fragmento de la carta escrita por Ciro Angarita a su amigo Jaime Perdomo, al enterarse de su designación como magistrado de la Corte Constitucional (María Teresa Herrán, *Ciro Angarita, retador*, 2ª. ed., Bogotá, Ícono Editor, 2017, p. 83).

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-526 de 18 de septiembre de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹³ Constitución Política de Colombia, artículo 1º.

¹⁴ *Ibid.*, artículo 11.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 13.

desarrollo de la personalidad,¹⁶ la posibilidad de vivir en paz,¹⁷ el goce de un ambiente sano¹⁸ y un sistema universal de seguridad social.¹⁹

Los ciudadanos se apropiaron de la acción de tutela para exigir los derechos de los que hablaba la Constitución. Y, al poco tiempo, esta acción se convirtió en una de las instituciones más apreciadas por los colombianos. Para muchos, seguramente, es la única interacción con el sistema de justicia, pues confían en su eficacia. Incluso cuando el legislador, el alcalde o la autoridad de policía permanecen distantes, indiferentes o estancados en procedimientos sin fin, la gente percibe en el juez constitucional un aliado para reivindicar sus derechos.

Pero el éxito de la tutela también ha hecho que sus resultados, en términos cuantitativos, sean abrumadores. En la actualidad, casi un tercio de la carga judicial del país se tramita a través de este mecanismo. Tan solo en el año 2017, según cifras del Consejo Superior de la Judicatura, se presentaron 757.070 tutelas.²⁰ Hoy en día se han radicado en la Corte más de siete millones y medio de tutelas. En cierto modo, esta acción se ha convertido en el catalizador de los reclamos sociales y en una suerte de catarsis colectiva.

En un país con enormes desafíos en términos de igualdad, pobreza, violencia y falta de confianza en las instituciones, muchas reivindicaciones sociales se volcaron hacia el juez constitucional. En un escenario así, hasta críticos férreos del activismo judicial, como Jeremy Waldron, estarían dispuestos a admitir cierto grado de activismo.²¹

Ahora bien, dentro del vasto universo de sentencias que profieren los jueces de tutela, en distintas instancias, solo un reducido número podría señalarse de activista, en el sentido de controvertir los límites trazados por el legislador, o de interferir en políticas públicas. Según el Boletín de Estadísticas provisional, en lo corrido del año 2019 el 64% de tutelas radicadas en la Corte se concentran en dos derechos. Como ustedes supondrán, la salud es uno de ellos, con el 30%; pero resulta interesante saber que el derecho más invocado por los ciudadanos es el de petición, con un 34%. Aunque estos datos no son concluyentes, sí sugieren que el trabajo diario de los jueces de tutela en Colombia se ocupa, en buena parte, en revisar acciones que discuten trámites básicos y suficientemente decantados por la ley y la jurisprudencia. No se trata entonces de una labor propiamente activista, sino de la reiteración del servicio a la salud en los términos ya reconocidos por el legislador en la Ley Estatutaria,²² y

¹⁶ *Ibid.*, artículo 16.

¹⁷ *Ibid.*, artículo 22.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 79.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 48.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia 182 de 8 de mayo de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.

²¹ Waldron, *op. cit.*

²² Congreso de la República, Ley Estatutaria 1751 de 2015.

de peticiones para destrabar algún proceso administrativo, lograr una respuesta o simplemente para obtener información.

Con respecto a la Corte Constitucional, es difícil establecer qué tan “activista” es en sus decisiones. Como dije, ni siquiera existe una definición pacífica sobre qué significa activismo judicial. Sería útil comenzar por revisar en cuántos casos, del total de providencias que profiere la Corte, se han empleado remedios estructurales y de qué tipo.²³ Creo que la academia podría ayudarnos en este punto. Lo que sí me atrevería a sostener ahora es que, visto en su conjunto, el trabajo de la Corte es menos activista de lo que se suele pensar. Muchas de sus decisiones, que no se registran en los medios, tienen que ver con las que confirman la constitucionalidad de una norma o reiteran el precedente sobre un derecho. Es más, del total de expedientes de tutela seleccionados en lo corrido de 2019, solo el 15% fue escogido por tratar un tema novedoso.²⁴

En sede de control abstracto, también hay casos relativamente sencillos para la Corte, en los que la propia Constitución se encarga de delimitar el alcance de un derecho o de establecer un procedimiento para llegar a una decisión. Son procesos en los que, con independencia de las convicciones que tenga un juez o de su capacidad interpretativa, el ordenamiento jurídico brinda una respuesta clara y sin margen de duda. La prohibición de la pena de muerte que contiene el artículo 11 es un buen ejemplo de esto.

Pero no todas las disposiciones constitucionales son así de claras y directas. Más bien, y por lo general, tienen una textura abierta y no determinan con precisión cuál es el nivel de satisfacción de un derecho o el alcance de una prohibición. Esto es entendible pues las cláusulas constitucionales son el resultado de un complejo contrato social, donde confluyen diversidad de intereses en procura de un compromiso que deje satisfechos a múltiples sectores. En ocasiones, incluso, parece que las normas superiores entran en conflicto entre sí. Y precisamente para esto fue diseñada la Corte Constitucional y por lo que se le confirió su función como intérprete autorizada. Es en este contexto donde vale la pena preguntarse por el impacto que tiene la labor del juez activista para el sistema constitucional y, en particular, para el principio democrático.

Las decisiones que más generan polémica tienen que ver con dos tipos de casos. En primer lugar, están los que tocan dilemas morales, como la eutanasia, la interrupción del embarazo, la diversidad sexual o el libre desarrollo de la personalidad. En este tipo de asuntos se critica la intromisión del juez, pues no ostenta las credenciales democráticas para definir asuntos tan controversiales. En segundo lugar, tenemos los casos que se enmarcan en una política pública y requieren una experticia técnica. Aquí la crítica no alude únicamente a la falta de representatividad democrática de

²³ Para el concepto de remedios estructurales y en qué casos proceden, véase Auto 163 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.

²⁴ Corte Constitucional, Boletín de Estadísticas provisional de 2019.

la Corte, sino a su carencia de conocimientos sobre temas especializados y de trascendencia. El sistema de salud, la atención a la población desplazada o la aspersión aérea con glifosato se podrían agrupar en esta categoría.

La falta de representatividad de la Corte y sus limitaciones en áreas especializadas son preocupaciones válidas. Sin embargo, la tesis que ahora busco defender es que la intervención del juez en asuntos complejos no implica *per se* una afrenta al principio democrático. Al menos no, si entendemos la democracia como algo más que un simple procedimiento de toma de decisiones, soportado en la premisa mayoritaria. Si la reducimos a la suma de votos, toda decisión judicial que revoque o desautorice una norma expedida por el Congreso o que interfiera en una política pública será, por definición, una práctica antidemocrática y reprochable.

Pero si, como sugiere Dworkin,²⁵ la democracia es más que un procedimiento decisorio y el resultado de la agregación matemática de individuos, es posible aceptar que algunas decisiones contramayoritarias puedan ser, también, decisiones democráticas. El principio democrático no debería juzgarse exclusivamente en función de cuántas personas apoyan una decisión, ni del órgano que la profiere. Se trata, en últimas, de que las decisiones colectivas atiendan a todos los miembros de una comunidad con igual respeto y consideración.

Es posible, entonces, que la intervención judicial antes que debilitar el sistema democrático, lo fortalezca en determinados casos, al corregir falencias del proceso decisorio, principalmente aquellas que inciden negativamente sobre grupos minoritarios o marginales, cuyas opiniones no quedan reflejadas en los órganos de elección popular. Más que apoyar irreflexivamente la decisión mayoritaria, la labor del juez es defender las reglas que permiten concluir que hay una decisión democrática, en todo el sentido de la palabra, y velar por que el resultado no transgreda los límites fijados por la Constitución.

Las audiencias públicas que ha venido realizando la Corte Constitucional son un buen ejemplo de cómo cierto tipo de activismo judicial puede resultar útil para la deliberación democrática. En 1998, una persona se presentó ante los magistrados con el rostro cubierto por una máscara negra, pues tenía miedo de ser reconocida. Era una profesora que venía a dar su testimonio sobre una norma que sancionaba como causal de mala conducta, dentro de la profesión docente, el homosexualismo.²⁶ Esta maestra que acudió a la Corte encontró en el Salón de Audiencias del Palacio de Justicia un foro de discusión público, al que no había podido acceder en otras instancias.

Años más tarde, con la expedición de la Sentencia T-025 de 2004 y las numerosas audiencias públicas de seguimiento que se han venido adelantado, las víctimas

²⁵ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1997.

²⁶ Ministerio de Educación, Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente. Norma analizada por la Sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

del desplazamiento masivo forzado han podido expresarse y sensibilizar a un país entero respecto de sus precarias condiciones y el desconocimiento de sus derechos más básicos.

En 2019, la Corte tuvo otra audiencia pública, esta vez con mucha más cobertura que las anteriores. Se discutía el programa de aspersión aérea con glifosato, en el marco de una sentencia que protegió a una pequeña población en el Pacífico profundo. Seguramente, los campesinos y miembros de las comunidades de Nóvita (Chocó) no esperaban estar activando un espacio de visibilización y discusión tan amplia cuando radicaron su escrito de tutela. Tampoco parecía probable, en las condiciones de polarización actuales, reunir en un mismo espacio a personalidades de la vida pública con visiones diametralmente diferentes sobre un tema de trascendencia nacional. Y, sin embargo, la Sala de Audiencias sirvió como un espacio deliberativo para discutir tan importante asunto, escuchando por igual a detractores y entusiastas de la medida, a líderes comunitarios y expertos internacionales.

Que estos encuentros ocurran a partir de un proceso judicial no me parece un ataque al sistema democrático. Todo lo contrario. Es la oportunidad para expandir y diversificar los foros de deliberación. Lo que también parece ser cierto es que, por la naturaleza misma de la función judicial, al ventilar sus reclamos, algunas personas se sienten más cómodas en el pequeño auditorio del Palacio de Justicia que en el gran recinto del Congreso de la República. La ausencia de aplausos o rechiflas, el debate sereno y no partidista, y la posibilidad que tiene cualquier ciudadano o comunidad de ser escuchada en igualdad de condiciones que las más altas autoridades, ha hecho del Palacio de Justicia un escenario atractivo de deliberación, que no reemplaza, pero sí complementa, los espacios democráticos tradicionales.

A esto se suma que, en los casos más complejos, la Corte ha procurado, antes que fijar posturas, visibilizar problemas que inciden en los derechos fundamentales de las personas y promover la deliberación pública para llegar a una solución. Las decisiones que a veces se juzgan como más invasivas, no son en realidad imposiciones del juez constitucional, sino intentos por situar en la agenda pública un tema de importancia y destrabar el aparato institucional. Fue así como, por ejemplo, en 2011 la Corte exhortó al Congreso de la República para que en el término de dos años legislara sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección. Y solo ante la omisión indefinida de este órgano, cuyo silencio perpetuaba un estándar de discriminación inaceptable, la Corte formuló un remedio transitorio.

Conclusiones

Para terminar, quisiera volver a la imagen de justicia que expuse al inicio, convencida de que, en el contexto colombiano, no solo resulta legítimo, sino imperativo contar con una justicia sensible a la sociedad y dispuesta, en casos límite, a cuestionar las

normas que riñen con los principios constitucionales, e intervenir cuando por la indiferencia o los bloqueos institucionales se desconocen los derechos fundamentales. Solamente aconsejaría a esa imagen de justicia que, además de quitarse las vendas, nunca ande sola, pretendiendo encontrar respuestas a los casos más complejos únicamente en los códigos. La justicia es una virtud dialógica, que escucha, cuestiona, exige explicaciones y, ante todo, fomenta la deliberación, no solo con las demás autoridades, sino también entre los expertos y las comunidades. La justicia en la que creo no es simplemente aquella que cierra debates, sino la que promueve espacios de deliberación, al tiempo que vigila celosamente que no se desconozcan las garantías mínimas que consagra la Constitución y cuya supremacía se le encomendó.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>
- Corte Constitucional de Colombia, Auto 163 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- _____, Boletín de Estadísticas provisional de 2019.
- _____, Sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____, Sentencia C-159 de 7 de marzo de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.
- _____, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- _____, Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- _____, Sentencia SU-182 de 8 de mayo de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- HERRÁN, María Teresa, *Ciro Angarita, retador*, 2ª. ed., Bogotá, Ícono Editor, 2017.
- LEMAITRE, Julieta, “El origen de la Constitución de 1991”, en Helena ALVIAR, *et al.*, *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.
- LIPTAK, Adam, “Court is ‘one of most activist,’ Ginsburg says, vowing to stay”, *The New York Times*, August 24, 2013. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2013/08/25/us/court-is-one-of-most-activist-ginsburg-says-vowing-to-stay.html?module=inline>
- LÓPEZ, Diego Eduardo, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.
- RESNIK, Judith y Dennis E. CURTIS, “Representing Justice: From renaissance iconography to twenty first century Courthouses”, *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 151, núm 2, 2007, pp. 139-183.
- WALDRON, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

Fernando B. Escobar Pacheco (Bolivia)*
Alfio M. Russo (Suiza)**

Elección popular de jueces en Bolivia: aportes del derecho constitucional comparado al debate

RESUMEN

En el presente trabajo, a partir de un análisis de derecho comparado, los autores reflexionan sobre las normas constitucionales relativas a la función judicial en Bolivia, en particular, a la incidencia del sistema de elección popular de jueces, en la búsqueda de justicia independiente como componente del Estado democrático de derecho.

Palabras clave: modelos de magistratura, elección popular de magistrados, independencia judicial.

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von einem rechtsvergleichenden Ansatz befassen sich die Autoren im vorliegenden Beitrag mit den Verfassungsbestimmungen über die Funktion der Justiz in Bolivien. Dabei gehen sie insbesondere darauf ein, welche Auswirkungen die Wahl der Richter durch die Bevölkerung auf das Streben nach einer unabhängigen Justiz als Bestandteil des demokratischen Rechtsstaates hat.

Schlagwörter: Justizmodelle, Richterwahl durch die Bevölkerung, Unabhängigkeit der Justiz.

ABSTRACT

In this work, the authors reflect on the constitutional norms related to the judicial function in Bolivia, based on a comparative law analysis. In particular, they reflect on the impact of the system for the popular election of judges in seeking independent justice as a component of the democratic rule of law.

* Abogado, doctorante en Derecho de la Universidad de Lausanne (Suiza). Profesor en varios programas académicos. fernandoescobar@gmail.com

** Abogado, doctorante y colaborador en Derecho Constitucional, Universidad de Neuchâtel (Suiza). alfio.russo@unine.ch

Key words: Judgeship models, popular election of magistrates, judicial independence.

Introducción

La comparación en el derecho constitucional tiene como función primaria el conocimiento, y como funciones secundarias, la comprobación del conocimiento, la comprensión de institutos del ordenamiento, el auxilio para la interpretación jurídica, para la preparación de textos normativos y para la armonización y la unificación normativa.¹ El comparatismo supone un desarraigo de los conocimientos y una resistencia “a los prejuicios de nuestra cultura jurídica”.²

La construcción en Bolivia de un Estado plurinacional y de un dibujo institucional creativo en muchas áreas genera importantes desafíos a la luz del conocimiento del derecho constitucional. Las innovaciones normativas del constitucionalismo boliviano pueden ser objeto de análisis comparativos y de reflexiones teóricas, con miras a identificar aportes y desafíos.

Estamos seguros de que planteamientos normativos innovadores pueden aportar reflexiones válidas al debate constitucional global, de ahí que el derecho comparado puede, entre otras cosas: i) ampliar las perspectivas tradicionales y enriquecer el discurso jurídico; ii) luchar contra los pensamientos esclerosantes;³ iii) generar un compromiso contra el dogmatismo, contra estereotipos, contra el etnocentrismo, contra la convicción generalizada según la cual las categorías y los conceptos nacionales son los únicos factibles;⁴ y iv) cultivar una cierta modestia del análisis del derecho nacional.⁵

El objetivo central de este trabajo es abordar la “tricotomía esencial” del sistema de determinación de autoridades jurisdiccionales conformada por los procesos de selección, designación y permanencia de las autoridades. Esto, en la práctica, es una parte de los marcos teóricos que engloban los distintos modelos de magistratura.

En la doctrina del derecho constitucional⁶ existen dos modelos de magistratura: el modelo burocrático o continental y el modelo profesional o del *common law*. Estos

¹ Giuseppe de Vergottini, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2004, pp. 4-24.

² Marie-Claire Ponthoreau, “Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel”, en *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation – Mélanges en l’honneur de Slobodan Milacic*, Bruselas, Bruylant, 2008, pp. 219-237.

³ Horatia Muir-Watt, “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, núm. 3, 2000, pp. 503-527.

⁴ *Idem*.

⁵ Roland Drago, “Droit comparé”, en *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 456.

⁶ Cfr. Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *La puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996, pp. 30 y ss.; Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*

se distinguen, entre otras cosas, por su uso diferenciado entre países del sistema jurídico de derecho civil-continental y por países del sistema jurídico de los países del derecho anglosajón o del *common law*.

Con este objetivo, el presente estudio se desarrolla en tres partes: primero, se describe la situación de designación de jueces en Europa y Estados Unidos; posteriormente, en países de América Latina, con énfasis en el sistema popular boliviano; finalmente, se desarrollan algunas conclusiones que aporten a la discusión sobre el modelo popular de elección judicial.

1. Modelos tradicionales de magistratura en la doctrina

1.1. El modelo burocrático o del sistema continental

Este modelo se encuentra esencialmente en los países de Europa meridional,⁷ América Latina y África.⁸ Según Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, cinco elementos caracterizan el modelo burocrático:⁹ 1) la selección opera por concurso de ingreso;¹⁰ 2) la formación del juez se efectúa principalmente en el interior del órgano judicial, el éxito del ingreso da derecho de entrada a un instituto de formación, la socialización profesional del juez se da en la misma organización judicial; 3) tiene una estructura piramidal, el progreso en la carrera del magistrado se hace de una manera competitiva, y se basa en criterios de antigüedad y de mérito; 4) los jueces son más generalistas que especialistas, no son contratados para desempeñar una función específica y cambiarán de posición durante su carrera; 5) la garantía de la independencia interna del juez, en relación con otros jueces, es más débil que en el sistema profesional.

1.2. El modelo profesional o del *common law*

El modelo profesional o del *common law* se encuentra bien ejemplificado en el sistema de magistratura inglesa, que se constituye en el ejemplo más singular;

Comparato, 6^a. ed., vol. I, Padova, Cedam, 2004, pp. 279 y ss.; Graham Gee, "The persistent politics of judicial selection: A comparative analysis", en Anja Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 121 y ss.

⁷ Francia, España, Italia, Portugal, etc.

⁸ Mary L. Volcansek, "Judicial Elections and American Exceptionalism: A comparative Perspective", *DePaul Law Review*, vol. 60, 2011, p. 810.

⁹ Guarnieri y Pederzoli, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

¹⁰ Pruebas escritas y orales. La nominación es tradicionalmente efectuada por el Poder Ejecutivo u otros órganos especializados como los consejos de la Magistratura.

igualmente, se encuentra en otros países del Commonwealth (Canadá, Sudáfrica, Australia, Nueva Zelanda, etc.),¹¹ y de forma un poco diferente en Estados Unidos.

Dos elementos caracterizan el modelo profesional: 1) los jueces son reclutados entre abogados de la barra y otros profesionales del derecho que tienen experiencia de años en temas jurídicos.¹² Es particular el caso de Inglaterra, que permite acceder a la prestigiosa *bench*, sobre todo a *barristers* (generalmente de clase media alta) que han ejercido el derecho en distintas funciones. 2) La designación es hecha por el Poder Ejecutivo, en algunos casos conjuntamente con el Legislativo, y en otros por el cuerpo electoral; en este modelo se usan las comisiones de selección.¹³

Las diferencias con el modelo burocrático se pueden sintetizar en la influencia del sistema político, que se manifiesta esencialmente en el momento del reclutamiento.¹⁴ La magistratura del *common law* no constituye un cuerpo orgánico, el juez no pertenece a un grupo con una lógica de jerarquía en el cual pueda hacer “carrera judicial”. Los magistrados son reclutados para llenar un puesto vacante y ejercer sus actividades en un tribunal específico. En consecuencia, si un juez quiere acceder a una función determinada deberá someterse a un nuevo proceso de selección.

1.3. Matización de los modelos de magistratura

Desde hace algunos años ha existido un proceso paulatino de “acercamiento” entre los sistemas descritos, tanto a nivel de reclutamiento como de carrera judicial.¹⁵

Por una parte, los países del sistema burocrático han estado valorizando cada vez más la experiencia profesional, por ejemplo, Francia. Por otra parte, en los países de tipo profesional se han venido dando promociones entre jueces, de manera que se pueden ver tendencias hacia la carrera judicial, por ejemplo, en Estados Unidos.

En ambos modelos se ha visto la intención de limitar la influencia del poder político, principalmente del ejecutivo, en los procesos de reclutamiento de jueces.¹⁶ Los países del modelo burocrático han implementado los consejos superiores de la magistratura encargados de seleccionar, sugerir o nombrar autoridades judiciales. Al mismo tiempo, en el modelo de magistraturas profesionales se ha evidenciado desde hace varios años la creación de comisiones judiciales de selección (*judicial appointments commissions*), que igualmente tienen por función recomendar el nombramiento de autoridades judiciales.

¹¹ Para un estudio detallado sobre este tema, véase Dirk van Zyl Smit, *The Appointment, Tenure and Removal of Judges under Commonwealth Principles: A Compendium and Analyses of Best Practice: Report of Research Undertaken by Bingham Centre for the Rule of Law*, s. d., 2015.

¹² Guarnieri y Pederzoli, *op. cit.*, p. 67.

¹³ Gee, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴ *Ibid.*, p. 129.

¹⁵ Anja Seibert-Fohr, “The normativity of an evolving transnational principle”, en Seibert-Fohr (ed.), *op. cit.*, p. 304.

¹⁶ *Ibid.*, p. 140.

2. Los sistemas de designación de jueces en Europa y Estados Unidos

2.1. Consideraciones generales sobre Europa

Según el informe de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (Cepej),¹⁷ el concurso es el modelo de reclutamiento más difundido entre los miembros del Consejo de Europa (16 países), en tanto que ocho países utilizan un procedimiento de reclutamiento de profesionales de justicia que tienen experiencia; 18 países combinan los dos sistemas y 18 utilizan otro procedimiento.¹⁸ Así, existen varios países que combinan el concurso con modelos alternativos de reclutamiento, basados principalmente en la experiencia práctica.

La autoridad competente para el reclutamiento es habitualmente un consejo de la magistratura o una comisión especial. Estas instituciones están conformadas por una mayoría de miembros del cuerpo judicial; en casi la totalidad de los países, las recomendaciones de estos consejos son vinculantes para la autoridad de nominación, así sea en los hechos.¹⁹

En la gran mayoría de países, el nombramiento formal de jueces le corresponde al jefe de Estado, con base en la propuesta del consejo de la magistratura u órgano similar. En algunos casos, la designación le corresponde al poder legislativo (Eslovenia, Serbia, Lituania, Estonia, Rusia y Suiza).

En casi todos los Estados del Consejo de Europa (44 de 48) los jueces son nombrados hasta la edad de la jubilación (entre 65 y 72 años); esto no sucede, por ejemplo, en Suiza ni en Andorra. En algunos Estados (18) los jueces deben someterse a un periodo de prueba antes de ser nombrados hasta la jubilación. En todos los casos existe la posibilidad de revocación o destitución de jueces por razones *numerus clausus*.²⁰

En los países donde existen cortes constitucionales hay un involucramiento más relevante de órganos políticos en la designación. Algunos autores justifican este hecho en la necesidad de asegurar una mayor legitimación democrática,²¹ en ese contexto existe una distinción sustancial entre la carrera de jueces y el rol de la justicia constitucional.

En Alemania, los 16 jueces constitucionales del Bundesverfassungsgericht se eligen a la mitad por cada una de las cámaras del Parlamento Federal (Bundestag y

¹⁷ Cfr. <https://www.coe.int/en/web/cepej/documentation/cepej-studies>

¹⁸ Informe de la Cepej 2018. Disponible en: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c>

¹⁹ *Ibid.*, p. 97.

²⁰ *Ibid.*, p. 120.

²¹ Shimon Shetreet, "Judicial Independence, Liberty, Democracy and International Economy", en Shimon Shetreet (ed.), *The Culture of Judicial Independence: rule of law and world peace*, Boston, Brill Nijhoff, 2014, pp. 14 ss., p. 33; Vicky Jackson, "Judicial Independence: Structure, Contexte, Attitude", en Seibert-Fohr, *op. cit.*, pp. 19-86.

Bundesrat).²² Posteriormente, son nombrados formalmente por el presidente de la República. Por ende, se admite claramente que un candidato debe ser respaldado por un partido político para tener opciones reales de ser elegido.

En Austria, los 14 jueces constitucionales del Verfassungsgerichtshof son elegidos por el presidente de la República, ocho bajo proposición del Gobierno Federal y seis por proposición de las dos cámaras parlamentarias (Nationalrat y Bundesrat, tres cada una).²³

En Bélgica, la Corte Constitucional se compone de doce jueces, seis que provienen de la parte francesa y seis de la parte neerlandesa, que representan los dos grupos lingüísticos del país.²⁴ Los jueces son nombrados por el rey sobre la base de una lista doble, presentada alternativamente por la Cámara de Representantes y por el Senado. Se adopta por dos tercios de votos de los presentes.²⁵

En España, el Tribunal Constitucional está compuesto de 12 miembros, nombrados por el rey, cuatro a propuesta del Congreso, por mayoría de tres quintas partes de sus miembros, cuatro a propuesta del Senado, con participación de las comunidades autónomas, del Gobierno central y del Consejo General del Poder Judicial.²⁶

En Francia, el Consejo Constitucional se compone de miembros de derecho²⁷ y nueve miembros designados, tres por el presidente de la República, tres por el presidente del Senado y tres por el presidente de la Asamblea Nacional.²⁸ En estas personas, al ser reclutadas por las autoridades políticas, inevitablemente se observa un indicio de politización. Por tanto, es bastante fácil decir que los nombrados son a menudo partidistas.

En Italia, los 15 miembros de la Corte costituzionale son elegidos, un tercio por el presidente, un tercio por el Parlamento (Camera dei deputati y Senato della Repubblica) y un tercio por las altas cortes (tres por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por la Corte de Cuentas).²⁹

En Portugal, los 13 miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Parlamento (10) y los otros tres por los miembros designados.³⁰

En cuanto al periodo de funciones de los jueces constitucionales existe una tendencia a mandatos temporales definidos, sin posibilidad de reelección, con el fin de buscar la imparcialidad de las autoridades y evitar las prebendas

²² Artículo 94.1 de la Constitución de Alemania (*Grundgesetz*).

²³ Artículo 147.2 de la Ley Constitucional, 1 de octubre de 1920.

²⁴ Artículo 31.1 de la Ley Especial, 6 de enero de 1989 sobre la Corte Constitucional.

²⁵ *Ibid.*, artículo 32.1.

²⁶ Artículo 159.1 de la Constitución, 29 de diciembre de 1978.

²⁷ Los expresidentes de la República, que no necesitan estar presentes.

²⁸ Artículo 56 de la Constitución, 4 de octubre de 1958.

²⁹ Artículo 135.1 de la Constitución, 22 de diciembre de 1947.

³⁰ Artículo 12 de la Ley 28 de 1982, 15 de noviembre: Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

constitucionales.³¹ En el caso de Alemania, los jueces del Bundesverfassungsgericht se eligen por un periodo de doce años no renovables,³² al igual que en España,³³ Francia,³⁴ Italia³⁵ y Portugal,³⁶ donde los jueces son nombrados por nueve años sin posibilidad de renovación. En Bélgica los jueces se eligen de manera vitalicia³⁷ y en Austria hasta los 70 años cumplidos.³⁸

Después de estas consideraciones generales resulta relevante pronunciarse sobre algunos países de Europa que consideramos de particular relevancia para estas líneas.

2.2. Francia

El sistema judicial francés se caracteriza por la existencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos y paralelos; por una parte, la jurisdicción ordinaria (que se encarga de litigios en materia civil y penal) y, por otra, las jurisdicciones administrativas, que conocen los contenciosos contra la administración.

Los magistrados del sistema judicial son reclutados mediante la École nationale de la magistrature (ENM) con sede en Bordeaux.

Para ser admitidos en la ENM, los jueces aspirantes deben dar pruebas escritas y orales (menos del 10 % de los participantes son admitidos). Los jueces son reclutados jóvenes, promedio de 27 años, es decir, poco después del final de sus estudios universitarios; alrededor de 75 % son mujeres.³⁹

Algunas personas que pueden demostrar suficiente experiencia profesional o un título de doctor en derecho pueden acceder directamente a la ENM. Otras pueden acceder al Poder Judicial sin una capacitación inicial, cuando han ejercido funciones judiciales administrativas o académicas y tienen un cierto número de años de experiencia.⁴⁰

Al final de la capacitación, el ministro de Justicia presenta una lista al Consejo Superior de la Magistratura que le enviará una opinión; el ministro de Justicia

³¹ Pascal Mahon y Anne Benoit, *Droit constitutionnel des Etats Unis d'Amérique*, Helbing Lichtenhahn, Bâle/Neuchâtel, 2011, p. 55.

³² Parágrafo 4 de la Ley sobre la Corte Constitucional, 12 de marzo de 1951 (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*).

³³ Artículo 159.3 de la Constitución, 29 de diciembre 1978.

³⁴ Artículo 56 al. 1 de la Constitución, 4 de octubre de 1958. Excepto para los miembros *ex officio* que pueden quedarse de por vida.

³⁵ Artículo 135, par. 3, de la Constitución, 22 de diciembre de 1947.

³⁶ Artículo 21 de la Ley 28 de 1982, 15 de noviembre: Organización, Funcionamiento e Proceso do Tribunal Constitucional.

³⁷ Artículo 32 de la Ley Especial, 6 de enero de 1989, sobre la Corte Constitucional.

³⁸ Artículo 147 al. 6 *Bundes-Verfassungsgesetz*, de 1 de octubre de 1920.

³⁹ Antoine Garapon y Harold Epineuse, *Judicial Independence in France*, en Seibert-Fohr, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁰ Roger Perrot, Bernard Beignier y Lionel Miniato, *Institutions judiciaires*, 16^a. ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, pp. 283 y ss.

propondrá los candidatos al presidente de la República, quien los nombrará por decreto. Una opinión disconforme del Consejo Superior de la Magistratura impide el nombramiento por parte del presidente.⁴¹

Los magistrados son inamovibles, esto significa que ninguna autoridad judicial puede ser desplazada, suspendida o revocada fuera de un proceso disciplinario o su consentimiento.⁴²

El magistrado debe estar inscrito a un *tableau d'avancement* establecido por una *commission d'avancement* compuesta por 25 magistrados, quienes evalúan el trabajo del juez. Finalmente, cabe señalar que los jueces franceses tienen una obligación de movilidad geográfica, esto significa que si un juez quiere avanzar en su carrera profesional debe obligatoriamente cambiar de jurisdicciones y, en consecuencia, de ciudades.

El Consejo Judicial de la Magistratura (CSM) es un organismo independiente y responsable de todas las decisiones importantes relacionadas con la carrera del juez, como las medidas disciplinarias o la promoción. Según el artículo 64 de la Constitución de 1958, este organismo “ayuda” al presidente de la República, que es “el garante de la independencia de la autoridad judicial”. Desde la reforma de 2008, los magistrados ya no son mayoría; esto busca limitar el corporativismo dentro del CSM. Por otro lado, muchos magistrados ven en la nueva composición del CSM un aumento en el control del poder político.⁴³

Los magistrados del orden administrativo son principalmente reclutados por la Escuela Nacional de Administración (ENA), que tiene su sede en Estrasburgo; el ingreso a esta Escuela es mediante concurso. La carrera en la ENA dura 24 meses e implica cursos teóricos y prácticas profesionales en la administración pública y las empresas. Los estudiantes son evaluados a lo largo de su formación. En ese contexto, se establece una clasificación final de los estudiantes que permite un reclutamiento basado en el mérito.⁴⁴

El reclutamiento lateral, llamado también *tour extérieur*, ocupa un lugar importante en el orden administrativo, más que en el sistema judicial. Este tipo de reclutamiento presenta, en efecto, la ventaja de asegurar la vinculación entre la jurisdicción administrativa y la administración activa (facultad normativa de la administración), y abre la oportunidad de que funcionarios experimentados en el ámbito administrativo puedan ingresar a ejercer función de jueces; asimismo, permite superar la insuficiencia de personal.⁴⁵

⁴¹ *Ibid.*, p. 292; cfr. artículos 65.4 y 5 de la Constitución, 4 de octubre de 1958.

⁴² Artículo 64.4 de la Constitución, 4 de octubre de 1958.

⁴³ *Op. cit.*, p. 278. (¿este *op. cit.* corresponde a Perrot, Beignier y Miniato?)

⁴⁴ École nationale d'administration, *Scolarité et calendrier*. Disponible en: <http://www.ena.fr/Formation-initiale/Cursus-a-l-ENA/Scolarite-et-calendrier>

⁴⁵ Alfio Russo, “La désignation des juges en France et en Suisse: deux mondes différents?”, en Rashid Bahar y Thomas Kadner Graziano (eds.), *Le droit comparé et le droit suisse*, Ginebra, Zurich, Schulthess, 2018, p. 98.

Los jueces administrativos también tienen una garantía de inamovilidad, basada en la costumbre⁴⁶ y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.⁴⁷

2.3. Inglaterra y Gales

El ingreso de jueces a la carrera no está abierto a jóvenes juristas como en Francia y no es por concurso, sino a través de un proceso de elección entre practicantes exitosos de la abogacía (*solicitors* o *barristers*).

La reforma constitucional de 2005 ha implementado una comisión judicial de selección (Judicial Appointments Commission - JAC)⁴⁸ compuesta de 15 miembros, y conformada por: abogados, jueces y representantes de la sociedad civil que no tienen ninguna experiencia jurídica.⁴⁹ La inclusión de estos miembros “laicos” (médicos, psicólogos, economistas, etc.) permite aportar una visión pluridisciplinaria en el proceso de selección de los magistrados. Una vez la selección ha sido realizada, la JAC recomienda al candidato mediante un informe.

El procedimiento de nominación varía según la categoría de los jueces. Los jueces de los tribunales superiores son nombrados por la reina a recomendación del *Lord Chancellor*. Los otros jueces y miembros de los *tribunals* también son nombrados por la reina, pero a recomendación del *Lord Chief Justice* y por el *Senior President of Tribunals*,⁵⁰ dependiendo del rango.

La selección de los jueces de la Corte Suprema del Reino Unido opera mediante una comisión *ad hoc* compuesta por al menos una persona no jurista (*lay member*), por lo menos un miembro de la Corte Suprema y de por lo menos un representante de las tres comisiones regionales de designación de jueces;⁵¹ la designación se hace con base en el mérito,⁵² el procedimiento está establecido en las secciones 25 a 31 de la Reforma Constitucional de 2005 (Constitutional Reform Act).

Esta Comisión consulta a los jueces que ejercen altas funciones judiciales en el Reino Unido,⁵³ al *Lord Chancellor*, al primer ministro escocés, al primer ministro galés y a la Judicial Appointment Commission de Irlanda del Norte.⁵⁴

El *Lord Chancellor* acepta al candidato a propuesta de la Comisión, y transmite al primer ministro del Reino Unido, quien está obligado a recomendarlo a la reina,

⁴⁶ Perrot, Beignier y Miniato, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

⁴⁷ Decisión 119 DC de 22 de julio de 1980.

⁴⁸ <https://www.judicialappointments.gov.uk/>

⁴⁹ Sección 4, Judicial Appointments Commission Regulations, 2013.

⁵⁰ Lista 13, artículo 4, párrafos 29 y 30 (3), Crime and Courts Act, 2013.

⁵¹ Lista 13, párrafo 4, 1B, Crime and Court Act, 2013.

⁵² Sección 27(5), Constitutional Reform Act (CRA), 2005.

⁵³ Artículo 60(1), CRA, 2005.

⁵⁴ Sección 27(2), CRA, 2005.

sin posibilidad de proponer otro candidato.⁵⁵ La reina, en consecuencia, nombra al nuevo juez (*Justice*) de la Corte Suprema.

Los jueces son elegidos hasta los 70 años (edad de jubilación)⁵⁶ y se rigen por un principio de inamovilidad funcionaria; sin embargo, esto puede variar según se trate de *senior courts* o de jueces inferiores. Sobre la base de la Act of Settlement de 1701, los miembros de las cortes son inamovibles mientras actúen de manera decente (*during good behaviour*) y no pueden ser revocados, salvo una decisión popular, bajo propuesta del Parlamento.⁵⁷ Esta institución se ha usado una sola vez en 1830, contra un juez irlandés.

2.4. Confederación Suiza

Suiza es un país federal; existen dos organizaciones judiciales separadas, la organización judicial de la Confederación y la organización judicial de los 26 cantones.

La justicia federal está compuesta por un Tribunal Federal, que es la autoridad judicial suprema de la Confederación,⁵⁸ y por tribunales de primera instancia (Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral y Tribunal fédéral des brevets). El Tribunal Federal, con sede en Lausana, tiene por objetivo garantizar la aplicación uniforme del Derecho Federal y garantizar el respeto de la Constitución. Sin embargo, no puede ejercer control de constitucionalidad de ciertas leyes (Constitución Suiza, art. 190). Los cantones son competentes y autónomos con respecto a la composición de los diferentes tribunales.

En Suiza, los jueces se designan políticamente. Los jueces federales son elegidos por la Asamblea Federal (Parlamento).⁵⁹ Los puestos se reparten proporcionalmente según el peso electoral de cada partido que compone el Parlamento.⁶⁰

A nivel cantonal, los jueces se eligen por el pueblo o por el Parlamento. En 14 cantones –sobre todo en los cantones de lengua francesa– los jueces de primera instancia son elegidos por el pueblo, y en diez cantones por el Parlamento; en dos cantones (Valais y Vaud), los jueces de primera instancia son elegidos por el Tribunal Cantonal (Tribunal de segunda instancia). En cuanto a tribunales cantonales de segunda instancia, en 18 cantones son elegidos por el Parlamento y en ocho se aplica la elección popular.⁶¹

⁵⁵ Sección 26 (2) (3), CRA, 2005.

⁵⁶ Sección 2, Judicial Pensions Act, 1959.

⁵⁷ Kate Malleon, "Appointment, discipline and removal of judges : fundamental reform in the United Kingdom", en Lee Hoong P. (ed.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 127.

⁵⁸ Cfr. artículo 188 al., 1 Cst.

⁵⁹ Artículo 168 de la Constitución federal.

⁶⁰ Regina Kiener, "Judicial Independence in Switzerland", en Seibert-Fohr, *op. cit.*, p. 61.

⁶¹ Pascal Mahon y Roxane Schaller, "Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?", *Justice - Justiz - Giustizia*, núm. 1, 2013.

En varios cantones donde hay elección popular se aplica la elección tácita, es decir que los partidos políticos se ponen de acuerdo en no presentar más candidatos que las vacantes que se deben llenar. Esta práctica ha sido aceptada por la jurisprudencia; sin embargo, el aviso de convocatoria de electores debe ser lo suficientemente explícito en cuanto a la posibilidad de una elección tácita y al derecho de los ciudadanos a nominar candidatos.⁶²

La preparación de las elecciones se confía a veces a un órgano externo –Consejo de la Magistratura o Comisión de Justicia– competente para sacar a concurso los puestos de jueces, seleccionar a los candidatos y recomendar a las autoridades políticas su elección. Estos órganos están formados por representantes del Parlamento, profesores universitarios, jueces y abogados; a nivel federal se trata de una Comisión Judicial de la Asamblea Federal.⁶³

En la elección de los magistrados suizos existe un rol central de los partidos políticos. Para ser juez, es necesario ser miembro activo del partido político o al menos tener una cercanía declarada;⁶⁴ por ello, la elección se basa en acuerdos políticos, los cuales reparten los puestos según el poder político que ostentan (principio de concordancia).⁶⁵ No obstante, en los cantones en los que los jueces son elegidos por el pueblo, la personalidad del candidato puede ser más importante que su pertenencia a un partido político.⁶⁶

Este modo de designación se considera como una garantía para el ciudadano de que los jueces representarán las diferentes tendencias políticas presentes en la sociedad; este sistema procura, para algunos autores, tener un verdadero tercer poder del Estado, en el cual existe legitimidad democrática y transparencia.⁶⁷

En los últimos años, las elecciones políticas de los jueces han sido sometidas a críticas por las limitaciones de acceso a la profesión. En efecto, las posibilidades de acceder a la judicatura para un aspirante cuyo partido político no se encuentra representado en el Parlamento son prácticamente inexistentes. Por ello, el sistema se presta para que haya candidatos que se afilien a partidos solo para ser elegidos y no por convicción;⁶⁸ además, los jueces deben aportar un porcentaje de su salario

⁶² Decisión del Tribunal federal, 112 Ia 233.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Pierre Zappelli, “Le juge et le politique, en particulier la question de l’élection”, en Marianne Heer (ed.), *Der Richter und sein Bild: wie sehen wir uns – wie werden wir gesehen?*, Bern, Stämpfli, 2008, p. 89.

⁶⁵ Kiener, *op. cit.*, p. 414.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 415.

⁶⁷ Mahon y Schaller, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁸ Kiener, *op. cit.*, p. 416; Marco Borghi, “La mainmise des partis politiques sur l’élection des juges”, en Eva Maria Belser y Bernhard Waldmann (eds.), *Mehr oder weniger Staat, Festschrift für Peter Hännli zum 65 Geburtstag*, Bern, Stämpfli Verlag, 2015, p. 180.

al partido político que los sostiene, aspecto fuertemente criticado.⁶⁹ En ese contexto, en 2018, un Comité de Personalidades no miembros de partidos políticos lanzó una iniciativa ciudadana para designar a los jueces del Tribunal Federal por sorteo (*tirage au sort*).⁷⁰

En Suiza, a diferencia de la gran mayoría de los países, los jueces son nombrados por un periodo determinado; a nivel Federal, por seis años.⁷¹ En los cantones la designación varía de uno a diez años. Solo un cantón, Friburgo, elige a sus jueces por tiempo indefinido.⁷²

Los jueces se pueden reelegir y, en la práctica, los casos de no reelección son muy raros; el sistema de reelección ha sido criticado en los últimos años debido a la presión que algunos partidos políticos pueden ejercer sobre los jueces, bajo amenazas de no reelegirlos.⁷³

Recientemente, a causa de ciertas decisiones del Tribunal Federal y, sobre todo, una que consideró la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno,⁷⁴ un partido político de derecha amenazó a los jueces federales con no reelegirlos; por ello, en el proceso de renovación del Tribunal Federal de 2014, los jueces que habían tomado esta decisión fueron reelegidos con puntuaciones inferiores a las habituales.

2.5. Estados Unidos

Al igual que en el caso de Suiza, en Estados Unidos existe una superposición de organizaciones judiciales: por una parte, la organización judicial federal y, por otra, las jurisdicciones de los Estados que se reparten competencias en materia de derecho federal y estatal.

⁶⁹ Cfr. Reporte del Grupo de los Estados contra la corrupción (Greco). Disponible en: <https://www.coe.int/fr/web/greco/evaluations/switzerland>.

⁷⁰ Hoja Federal, 2018, pp. 2709 y ss. Cfr. <https://www.justiz-initiative.ch/startseite.html>. Para un análisis crítico, véase Alfio Russo, “Des juges tirés au sort: réalité ou illusion démocratique?”, *Justice – Justiz – Giustizia*, núm. 2, 2019.

⁷¹ Artículo 145 de la Constitución federal.

⁷² Mahon y Schaller, *op cit.*, p. 14.

⁷³ *Ibid.*, n. 31.

⁷⁴ Cfr. decisión del Tribunal federal 139 I 16 de 12 de octubre de 2012. En esta decisión, el Tribunal Federal admitió que las nuevas disposiciones constitucionales que permitían expulsar automáticamente del territorio suizo a los extranjeros que hubieran cometido infracciones estaban en contradicción con varias normas internacionales, principalmente con el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto a la vida privada y familiar). Esta decisión, fuertemente criticada, llevó a un partido político a realizar una iniciativa popular que buscaba establecer en la Constitución que el derecho nacional tendría preeminencia sobre el derecho internacional. Esta decisión fue rechazada por los ciudadanos suizos por referéndum de noviembre de 2018.

Los jueces federales son nombrados por el presidente, bajo consejo y consentimiento del Senado.⁷⁵ El procedimiento consiste en que el presidente elige un candidato potencial, con quien existe afinidad política.⁷⁶ Cuando se trata de una Corte de Distrito, el presidente consulta con los senadores del estado en el que se encuentra el tribunal.

El nombramiento de los jueces de la Corte Suprema presenta un desafío importante para el presidente de Estados Unidos. Estos jueces son elegidos por razones que, además de su excelencia legal, tienen que ver con su orientación política (conservadora o progresista), sus ideologías o su filosofía sobre la interpretación de la Constitución (*Originalism v. "living Constitution"*).⁷⁷

El presidente, como regla general, elegirá a un juez cuya tendencia política sea cercana a la suya, con la idea de que luego seguirá una línea jurisprudencial fiel a sus ideas. Como resultado, alrededor del 90 % de los jueces federales, todos ellos combinados, pertenecen al partido del presidente que los designó. Mientras que los presidentes republicanos nombran regularmente a jueces conservadores, los presidentes demócratas nombran a jueces progresistas (liberales).⁷⁸ Como se dijo, la designación presidencial debe ser confirmada por el Senado, y eso puede generar desafíos (ver el nombramiento en 2018 del juez Brett Kavanaugh).⁷⁹

Los jueces son nombrados de manera vitalicia, conforme al artículo III, sección 1 de la Constitución, la única forma en que pueden ser destituidos es mediante un procedimiento de *impeachment*.⁸⁰

La idea de un nombramiento vitalicio; es preservar la independencia de los jueces. Una vez confirmado su nombramiento, se liberan de las ataduras presidenciales y sus posiciones ideológicas pueden evolucionar a lo largo de su carrera, tanto, que a veces se vuelven diametralmente opuestas a las expresadas en el momento de su nombramiento. La Corte Suprema ha vivido el caso de varios jueces que han evolucionado y cambiado de ideología, lo que demuestra su independencia del presidente que los nombró.⁸¹

Para los jueces estatales, la elección popular resulta el modelo más difundido; 39 estados practican este sistema.⁸² Diez estados y el distrito de Columbia tienen un sistema similar al federal, con la participación del gobernador en lugar del presidente.

⁷⁵ Artículo 2, sección 2 de la Constitución de Estados Unidos.

⁷⁶ Elisabeth Zoller, "Le droit des Etats-Unis", *Que Sais-je?*, núm. 58, 2001.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁷⁸ Mahon y Benoit, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁹ Anne Deysine, *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique: droit, politique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2015, p. 85.

⁸⁰ Mark Tushnet, "Judicial selection, removal and discipline in the United States", en Lee Hoong (ed.), *op. cit.*, p. 135.

⁸¹ Mahon y Schaller, *op. cit.*, p. 7.

⁸² Para una visión general de los diferentes métodos de selección según el Estado, véase el sitio web: www.judicialselection.us; véase igualmente Russel Wheeler, "Judicial Independence

En cuanto a los modelos de designación popular, hay tres sistemas: i) las elecciones partidistas,⁸³ ii) las elecciones no partidistas;⁸⁴ y iii) las elecciones de retención o *Missouri Plan*.⁸⁵

Durante las elecciones populares, los candidatos llevan a cabo campañas electorales, lo que a menudo resulta problemático. En particular, su alto costo con frecuencia obliga a los candidatos a buscar dinero, solicitando contribuciones financieras a sus potenciales votantes. Los montos destinados a las campañas electorales han aumentado exponencialmente en las últimas dos décadas.⁸⁶

Los jueces se eligen en casi todos los estados (47) por una duración determinada que varía de uno a quince años, aunque existen estados que lo hacen hasta el año de la jubilación o de manera vitalicia.⁸⁷ En la mayoría de los casos los jueces son reelegibles, lo que puede generar problemas de independencia, pues muchas veces, con miras a ser reelegidos, toman decisiones sesgadas que coadyuven a su reelección. De hecho, los estudios han demostrado que los jueces tienden a ser más severos en sus sentencias penales –incluida la imposición de la pena de muerte con mayor frecuencia– en el año anterior a su reelección, a fin de satisfacer las expectativas de la opinión pública.⁸⁸

3. Los sistemas de designación de jueces en Latinoamérica

En Latinoamérica, en general, referirse a la materia es complejo y riesgoso, pues no es posible encapsular las particularidades de los sistemas judiciales en un marco de definición común. Sin embargo, creemos valioso hacer algunas consideraciones globales para luego enfocarnos en el caso del sistema de designación boliviano.

En América Latina, el ciclo democrático data de hace 30 años; esto implica que las instituciones democráticas, incluido el sistema judicial, son aún bastante jóvenes, en comparación con las tradiciones judiciales de los países analizados precedentemente; por ello, como dice Alberto Binder, “la debilidad del Poder Judicial ha sido –y lamentablemente continúa siendo– uno de los grandes problemas del sistema

in the United States of America”, en Seibert-Fohr, *op. cit.*

⁸³ Este sistema implica que los candidatos son elegidos por partidos políticos.

⁸⁴ Los candidatos no son elegidos por partidos políticos, pero eso no quita el hecho de que tengan afiliación política.

⁸⁵ También llamado el *Merit Plan*, combina los principios de elección y nominación, e implica tres fases: 1) establecimiento de una lista (comisión apartidista), 2) la autoridad política procede con la nominación, 3) el pueblo se pronuncia sobre la permanencia o no de la autoridad judicial.

⁸⁶ Wheeler, *op. cit.*, p. 52.

⁸⁷ http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state.

⁸⁸ Tushnet, *op. cit.*, p. 145.

político latinoamericano”.⁸⁹ En consecuencia, las condiciones estructurales de debilidad de las organizaciones judiciales son complejas, entre otros factores, según Binder, por “la larga tradición inquisitorial de la legislación colonial, el fuerte compromiso que los distintos sistemas judiciales habían tenido con las peores épocas de violaciones masivas de los derechos humanos, las distintas formas de dictadura o gobiernos fraudulentos y finalmente el terrorismo de Estado”.⁹⁰

3.1. Designación de jueces, carrera judicial y terminación del mandato

En Latinoamérica, el nombramiento de jueces que no se enmarcan en altas cortes corresponde a los tribunales supremos o a los consejos de la judicatura. Esto, como mencionan Pásara y Feoli, implica “un eslabonamiento: el poder político nombra a la corte suprema y esta nombra a los demás jueces; podría sostenerse que en este caso la corte suprema ejerce al efecto un poder delegado”.⁹¹

Sobre los consejos de la judicatura o magistratura, el profesor Eguiguren señala:

La creación de los consejos de la magistratura o de la judicatura, viene siendo un fenómeno muy difundido en diversos países de Latinoamérica. Lo cierto, sin embargo, es que tanto la ubicación de dichos consejos con relación al poder judicial como la composición y atribuciones que les corresponden, difieren en las diversas experiencias nacionales específicas, al punto que no pueda hablarse con propiedad de un único “modelo” en esta materia.⁹²

El antecedente del fenómeno de los consejos de la judicatura es la creación, en España, Italia y Francia, de órganos similares, que tienen el rol de coadyuvar en la gestión propia de los órganos judiciales. La forma en que se designan estas autoridades es congresal (como en el caso del antiguo Consejo de la Judicatura de Bolivia) o corresponde a una participación de varios órganos del Estado, como en el caso peruano.

En América Latina se ha utilizado la idea predominante de consolidar sistemas de justicia técnicos, y por ello ha existido una ola de reformas procesales en los años noventa destinadas a reformular los sistemas procesales, principalmente

⁸⁹ Alberto Binder y Leonel Gonzales, *Gobierno judicial. Independencia y fortalecimiento del poder judicial en América Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018, p. 11.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁹¹ Luis Pásara y Marco Feoli, “Prevalece la selección política en los nombramientos judiciales en América Latina”, *Justicia en las Américas*, blog de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), 2013.

⁹² Francisco José Eguiguren, “El Consejo Nacional de la Magistratura”, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 16, 2011, p. 45.

los penales. Estas ideas han sido acompañadas en gran medida de la aspiración de consolidar escuelas de formación inicial de jueces, y sistemas de justicia en los que esté presente la carrera judicial; por ello, los países han adoptado un sistema similar al modelo francés en cuanto a los procesos de ingreso a las escuelas de jueces y a la carrera judicial, no obstante las particularidades que describimos a continuación.

3.2. Designación de las altas autoridades judiciales

3.2.1. Nombramiento de altas autoridades judiciales por el presidente del Estado

En Argentina, el presidente de la República tiene un rol central para el nombramiento de autoridades judiciales; así, el artículo 99.4 señala que es este quien nombra a los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado, por dos tercios. Asimismo, nombra a los jueces de los tribunales federales con base en una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado.

En Chile, conforme al artículo 78 de la Constitución, los ministros y los fiscales judiciales de la Corte Suprema son nombrados por el presidente de la República, con base en una nómina de cinco personas propuesta por la Corte Suprema con acuerdo del Senado.

En Brasil, los artículos 84, XIV y 101 de la Constitución determinan para el presidente de la República la atribución de nombrar, bajo aprobación del Senado, a ministros del Tribunal Federal.

En el caso de Panamá, el nombramiento es realizado por el Consejo de Gabinete (presidente, vicepresidente y ministros), bajo aprobación de la Asamblea Legislativa.⁹³

3.2.2. Elección de altas autoridades judiciales por el legislativo

En México, conforme al artículo 96 de la Constitución, el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia le corresponde al Senado, con base en una terna propuesta por el presidente; sin embargo, en caso de renuencia del Senado, puede ser el presidente quien realice el nombramiento.

En Uruguay, conforme al artículo 236 de la Constitución, los miembros de la Suprema Corte de Justicia son designados por la Asamblea General, la cual ejerce el poder legislativo del Estado, conforme al artículo 83 de la Constitución; si no se cumple con el plazo de designación queda nombrado como miembro de la Suprema Corte de Justicia el miembro de los tribunales de apelaciones con mayor antigüedad en el cargo.

Otros países que aplican el sistema legislativo de designación son Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

⁹³ Artículo 200.2 de la Constitución Política del Estado de Panamá.

3.2.3. *Designación de altas autoridades judiciales por otras entidades*

En los anteriores apartados vimos que existen países de la región en los que el legislativo y el ejecutivo son los que nombran a las autoridades judiciales; sin embargo, hay países en los que la facultad de nombramiento reside en otra instancia.

Colombia es el único país de la región que aplica un sistema de cooptación para la designación de autoridades judiciales; esto significa que es el propio Tribunal, a través de sus miembros actuales, el que hace los nuevos nombramientos. Al respecto, el artículo 231 de la Constitución señala que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado son los encargados de nombrar a sus magistrados con base en listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura; y conforme al artículo 173 de la Constitución, el Senado es el que nombra a los magistrados de la Corte Constitucional.

En Ecuador, los magistrados de la Corte Nacional de Justicia son nombrados por el Consejo de la Judicatura, conforme al artículo 181.3 de la Constitución, en concordancia con su artículo 183. Este Consejo de la Judicatura se define como el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial de Ecuador (Constitución, art. 178). Perú (Constitución, art. 154.1). y República Dominicana otorgan la atribución de proceder a la selección de altas autoridades judiciales a un Consejo de la Judicatura..

3.3. **Designación de jueces constitucionales en Latinoamérica**

En América Latina, los países que tienen tribunales o cortes constitucionales son Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana.

En Chile, conforme al artículo 92 de la Constitución, los diez miembros del Tribunal Constitucional son nombrados de la siguiente manera: a) tres por el presidente de la República; b) cuatro elegidos por el Congreso Nacional, dos nombrados directamente por el Senado y dos propuestos por la Cámara de Diputados que deben ser aprobados por el Senado; c) tres nombrados por la Corte Suprema.⁹⁴

En Colombia, conforme al artículo 239 de la Constitución, el Senado elige a los magistrados de la Corte Constitucional de ternas que le presenten el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.⁹⁵

En el caso de Perú, conforme al artículo 201 de su Constitución, el nombramiento le corresponde al Congreso de la República por dos tercios del número legal de sus miembros.⁹⁶

⁹⁴ Artículo 92 de la Constitución Política del Estado de Chile.

⁹⁵ Artículo 239 de la Constitución Política del Estado de Colombia.

⁹⁶ Artículo 201 de la Constitución Política del Estado de Perú.

En el caso de Ecuador, los miembros de la Corte Constitucional serán designados por una comisión calificadora conformada por dos representantes del Legislativo, dos del Ejecutivo y dos del Control Social.⁹⁷

En Guatemala, los magistrados de la Corte de Constitucionalidad son nombrados, uno por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, uno por el Congreso de la República, uno por el presidente de la República, uno por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y, uno por la Asamblea del Colegio de Abogados.⁹⁸ En República Dominicana, la designación le corresponde al Consejo de la Magistratura.

4. La designación popular de jueces en Bolivia

4.1. Marco normativo

La Constitución Política del Estado de 2009 define en el Preámbulo el reto histórico de construir un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática. Dicho Estado se funda, entre otros, en el pluralismo jurídico. El artículo 9.1 de la Constitución establece como un fin del Estado constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.

Por su parte, el artículo 115.II de la Constitución proclama el derecho a la justicia plural pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

El artículo 178 de la Constitución establece que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto de los derechos. Constituyen garantías de la independencia judicial: 1) el desempeño de los jueces de acuerdo con la carrera judicial; 2) la autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

Conforme al artículo 179 de la Constitución, la administración de justicia en Bolivia está compuesta por el Tribunal Supremo de Justicia (máximo órgano de la justicia ordinaria, CPE, art. 181), los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; además, se reconoce a los tribunales especializados, como el Tribunal Agroambiental (compuesto por el Tribunal y jueces agroambientales), al Tribunal Constitucional Plurinacional y las salas constitucionales; también se reconoce al Consejo de la Magistratura y, finalmente, a la jurisdicción indígena originaria campesina.

⁹⁷ Artículo 434 de la Constitución Política del Estado de Ecuador.

⁹⁸ Artículo 269 de la Constitución Política del Estado de Guatemala.

En las altas cortes, la designación de autoridades se hace por voto popular: magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (Constitución, arts. 197 y 198), del Tribunal Constitucional Plurinacional (Constitución, arts. 197 y 198), del Tribunal Agroambiental (art. 188 de la Constitución) y de los consejeros del Consejo de la Magistratura (Constitución, art. 194).

Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, conforme al artículo 182 de la Constitución, son elegidos mediante sufragio universal, con base en una preselección que hace la Asamblea Legislativa Plurinacional, por dos tercios de sus miembros presentes; el proceso electoral se lleva adelante por el Órgano Electoral.

En este proceso electoral existe una prohibición para los candidatos o terceras personas de realizar campaña electoral y de pertenecer a organizaciones políticas; en consecuencia, se asigna al Órgano Electoral la labor de difundir los méritos de los candidatos.

En el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional, se incorpora el criterio de plurinacionalidad en su elección, es decir que debe existir participación de representantes del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

4.2. Discusión

Hasta este momento se han realizado dos procesos electorales democráticos de altas autoridades judiciales en Bolivia, en 2011 y 2017; existe unanimidad en que el resultado de ambos procesos de elección no ha logrado resolver los grandes problemas de la justicia boliviana (retardación, corrupción, falta de certidumbre jurídica, etc.).

Por esta razón, en 2016 se realizó una Cumbre de Justicia que, entre otros aspectos, debatió sobre el proceso de elección de altas autoridades judiciales y decidió lo siguiente: “El voto popular como modalidad de elección de magistrados del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional es asumido por una mayoría del pueblo boliviano como una conquista social, el voto popular garantiza la independencia del Órgano Judicial, cuya preselección debe ser mejorada por la Asamblea Legislativa Plurinacional”.

De una lectura sistemática de las normas constitucionales y legales referidas al Órgano Judicial boliviano es difícil identificar al sistema judicial con uno de los modelos de judicatura presentados. Por una parte, la Constitución hace referencia a la carrera judicial (CPE, art. 178), elemento característico del modelo burocrático; sin embargo, por otra, para ser elegido magistrado de una alta corte no es necesario ser parte de esta estructura de carrera judicial, con lo cual, tal como sucede en el modelo profesional, personas ajenas al Poder Judicial pueden postular para ser magistrados.

De manera novedosa en relación con los países analizados precedentemente, en Bolivia se establece un modelo por el cual todas las altas autoridades judiciales son elegidas por votación democrática. A primera vista sería legítimo preguntarnos si estamos ante un auténtico modelo alternativo de organización judicial que podríamos llamar democrático-plural, considerando que otro rasgo particular es la composición plural de las altas cortes; sin embargo, ni la Constitución ni las leyes

relativas al Órgano Judicial en Bolivia desarrollaron, en relación con el paradigma democrático en la justicia, otros criterios que cimienten un auténtico modelo de organización judicial.

En efecto, en ningún país del mundo, todas las altas autoridades judiciales se eligen por voto popular, y eso muestra que el modelo boliviano es único; en los países en que existen elecciones populares de autoridades judiciales (Estados Unidos, Suiza y Japón), la elección popular se aplica de manera mucho más restringida, a casos particulares, y convive con otros sistemas de designación.

El problema principal del sistema de designación popular en Bolivia es que no fue debidamente estructurado con los otros componentes del sistema judicial, como la designación de jueces de instancia, el control disciplinario de las autoridades judiciales, la evaluación y promoción de jueces, entre otros; en efecto, no hubo el mismo espíritu creativo en relación con otros aspectos que son de suma relevancia para la consolidación de un sistema judicial. Desde nuestra perspectiva, sobre estos otros aspectos se mantuvieron criterios que estaban presentes en el anterior sistema constitucional boliviano de 1994 y sus leyes de desarrollo.

De hecho, entre muchos otros aspectos, resulta cuestionable, por ejemplo, que una autoridad judicial elegida democráticamente pueda ser sometida al control disciplinario del parlamento, o que pueda someterse a la competencia del Ministerio Público o de jueces de instancia ordinarios no elegidos por voto popular.

Estos aspectos, entre otros, no han sido abordados en la Constitución boliviana de manera coherente con el planteamiento de la elección popular, ni tampoco en leyes especiales de desarrollo, como la ley del órgano judicial. La Constitución plantea que la carrera judicial, conjuntamente con la autonomía presupuestaria, son las garantías de la independencia judicial (Constitución, art. 178.II.1).

Si la garantía de independencia judicial radica en la carrera judicial, ¿por qué las altas autoridades judiciales se deben elegir por voto popular?; parece difícil tener un sistema judicial cuya garantía de independencia radique en la carrera judicial, en el cual la autoridad no podrá llegar a ser una alta autoridad de la judicatura, en el marco de la propia carrera judicial, y cuya nominación dependa de instancias exteriores (voto popular).

En la eventualidad de que una autoridad de carrera judicial llegue a ganar una elección popular y asuma el cargo de magistrado, su permanencia en el cargo será de seis años sin posibilidad de reelección (Ley del órgano judicial, art. 35).

Esto significa que para ingresar como magistrado, la autoridad judicial debe someterse a un proceso electoral, que si bien no tiene una fase de "campaña electoral", la cual está prohibida (Ley 026, art. 82, modificada por las Leyes 929 y 960), genera para el candidato la necesidad de hacer conocer sus ideas y de renunciar al cargo público que se encuentre ejerciendo (Constitución, art. 238.3). Es decir, implica ciertos sacrificios que pueden tener un impacto económico para el candidato, el cual luego puede ser elegido por un periodo no renovable de seis años, como máxima autoridad judicial.

Esto, a nuestro entender, genera los siguientes problemas: 1) la autoridad judicial llega al máximo nivel de la administración judicial sin que la carrera judicial haya sido una precondition; 2) el candidato tiene que realizar sacrificios económicos para una permanencia corta en la máxima función judicial; 3) no existe posibilidad de reelección en la alta función judicial, y, por tanto, su paso por esta es efímero.

Estos aspectos, desde nuestra óptica, generan el problema central de que quien llega a ser máxima autoridad judicial en Bolivia sabe que tendrá un periodo muy corto de funciones, no proviene de una estructura de carrera judicial, y sabe que probablemente ese periodo de seis años sea su única posibilidad de ejercer la judicatura. Lo que, en efecto, puede significar que no exista un nivel muy alto de arraigo, compromiso o conocimiento de la función judicial.

Creemos, por ello, que al modelo de elección popular boliviano le hace falta una carta de navegación articulada con mayores niveles de coherencia institucional; es difícil entender si se busca favorecer el principio democrático o el de carrera judicial, o si se busca compatibilizar ambos, no obstante que para ello debería existir un planteamiento de compatibilización claro.

El sistema popular de elección de jueces en los periodos 2011 y 2017 ha sido criticado. Se ha señalado que se debería establecer una diferenciación entre postulación y designación, esto es que los aspirantes deban pasar por una fase técnica de evaluación y calificación de sus antecedentes y calidades, a cargo de una instancia autónoma y plural.⁹⁹ También se ha cuestionado cómo se ha venido manejando el proceso, previendo que el resultado de las elecciones no contribuirá a solucionar la crisis del sistema judicial, ni siquiera a mejorarla.¹⁰⁰

Aunque las generalizaciones son siempre injustas, y creemos que en ambos procesos electorales los resultados generaron luces y sombras, nuestros cuestionamientos apuntan a una reflexión orgánica necesaria de la estructura judicial.

Para nosotros, el problema va más allá de cómo se ha desarrollado el proceso de elección popular, y va a la cuestión del tipo de magistratura que deberíamos constituir en Bolivia. En ese contexto, parece necesario hacer una revisión funcional del rol que ejerce cada una de las instituciones del órgano judicial y pensar en dos cosas: primero, qué clase de autoridades deben llegar a cada una de estas instituciones; y, segundo, cómo enfrentar los desafíos planteados por la Constitución.

El mecanismo de nombramiento judicial, es decir, la vía para acceder al cargo, tiene consecuencias respecto del tipo de candidatos que aceptan postular y, por ende, tiene una implicación directa en el tipo de autoridades judiciales que luego son elegidas.

Independientemente del modelo de judicatura por el que se opte en Bolivia, creemos que existe un consenso en los distintos modelos de magistratura, sobre el rol

⁹⁹ Fundación para el Debido Proceso, "Elecciones judiciales en Bolivia: ¿aprendimos la lección?"; Washington, DPLF, 2018.

¹⁰⁰ José A. Rivera, *Elecciones judiciales y reelección presidencial*, La Paz, Fundación Vicente Pazos Kanki, 2017, p. 30.

central que pueden jugar en los sistemas judiciales los consejos de la magistratura o las comisiones independientes u otras organizaciones equivalente que coadyuvan con el proceso de selección, evaluación y fiscalización de autoridades judiciales. Creemos que un actor clave para repensar el modelo de judicatura en Bolivia es el Consejo de la Magistratura.

Otro aspecto que es relevante definir es la relación entre la justicia constitucional, la justicia ordinaria y la justicia indígena originaria campesina, pero ese asunto merecería otro ensayo. No obstante, en términos de la designación de autoridades, se debe al menos señalar que el hecho de que la justicia constitucional pueda terminar inmiscuyéndose en todas las áreas del derecho, e incluso, asumir jurisprudencia especializada en otras materias del derecho, debe llevar a reflexionar si esa práctica es ideal o no, y, si es así, qué tipo de autoridades deberían conformar este tribunal.

Conclusiones

La noción de modelos de magistratura mencionados en el acápite segundo de este trabajo se utiliza para explorar la posibilidad de construir escenarios “ideales” sobre la organización judicial, incluyendo la forma en que se designan las autoridades judiciales. No obstante, cuando estos modelos aterrizan en sistemas concretos existe una tendencia creciente a consolidar modelos cuasihíbridos como en Estados Unidos y Suiza.

Esto no resta la importancia que tiene pensar en los sistemas judiciales de manera general y abstracta, como estructuras coherentes e interconectadas y no como un cúmulo de normas aisladas que se refieren a la judicatura.

En Bolivia es difícil identificar la aspiración orgánica del constituyente con el dibujo normativo del sistema judicial; esto pone en evidencia que el hecho de que el sistema de elección popular carezca de una identidad de magistratura clara puede ser uno de los grandes problemas por resolver si se quiere realmente encontrar soluciones a la crisis de la justicia boliviana.

La Constitución de Bolivia proclama la carrera judicial como elemento central de la independencia judicial, al mismo tiempo que establece que las altas autoridades judiciales son elegidas por votación democrática por el pueblo, situación que a nuestro entender implica lo siguiente:

1. Un juez de carrera no puede aspirar a ser alta autoridad de justicia únicamente con los méritos de su carrera como autoridad judicial; está obligado a pasar por una fase democrática; esto parece ser contradictorio, ya que el constituyente o el legislador deberían definir si la garantía de la independencia radica en la carrera judicial o en la elección democrática de autoridades o en ambas; pero para ello se debe diseñar un modelo institucional complementario.

2. Las altas autoridades judiciales en Bolivia no pueden ser reelegidas en el sistema judicial actual, y tienen un periodo corto de funciones de seis años. Al respecto, creemos legítimo plantear algunas cuestiones: ¿Qué funciones debería ejercer una exmáxima autoridad judicial al terminar su mandato? ¿Cómo atraer a los mejores profesionales si estos están obligados a renunciar a las funciones que desempeñaban con anterioridad y luego tienen un periodo corto de funciones?

Un componente que consideramos esencial en un sistema constitucional de derecho es trascender la voluntad política coyuntural o circunstancial; para ello, como se vio en el derecho comparado, no existe una receta única ni país en el mundo donde el ejercicio del poder no implique la existencia de tensiones entre los órganos de poder del Estado. Las doctrinas constitucionales sobre modelos de magistratura son construcciones teóricas que plantean modelos de administración de justicia para que esta funcione lo mejor posible.

Más allá de las críticas o reflexiones políticas que se puedan hacer sobre el sistema de elección popular de jueces en Bolivia, creemos que es importante repensar el sistema judicial boliviano en términos de crear un modelo de magistratura coherente, que cuente con una carta de navegación sin antinomias ni inconsistencias.

Si en Bolivia se quiere una magistratura basada en la carrera judicial (conforme al art. 178.II.2 de la Constitución), modelo burocrático continental, deberían al menos cambiar cuatro cosas: 1) el Consejo de la Magistratura debería estar conformado en su mayoría por jueces con mucha experiencia, elegidos interinstitucionalmente, por el Parlamento (para darles cierta legitimidad democrática), por tribunales, colegios de abogados, la academia, entre otros; 2) debería existir un sistema de ingreso único a la judicatura, conformado por un curso inicial obligatorio que sea el producto de un minucioso sistema de selección mediante exámenes a los candidatos habilitados; 3) más allá del sistema de elección de las autoridades judiciales, debería existir un criterio de calificación indispensable que es el de los años de ejercicio efectivo de una autoridad en la carrera judicial; 4) el periodo de funciones de la autoridad judicial debería incrementarse al menos en 12 años, o hasta la edad de jubilación.

Si se pretende configurar un verdadero modelo alternativo, denominado democrático-plural, deberían plantearse al menos los siguientes cambios: 1) los jueces “inferiores” deberían también ser nombrados por voto popular; 2) el Consejo de la Magistratura debería hacer un seguimiento permanente a los méritos de las autoridades judiciales, y hacer evaluaciones constantes de su desempeño;¹⁰¹ 3) la

¹⁰¹ Podrían, por ejemplo, tener programas para –sin interferir en la independencia de jueces y respetando su margen de apreciación– crear bases de datos sobre criterios objetivos, tales como: i) plazo promedio en que se dictan las sentencias, ii) cantidad de sentencias emitidas por gestión, iii) cantidad de sentencias que han sido revocadas en apelación o que han prevalecido hasta casación, iv) sentencias emitidas que han llegado a persuadir al Tribunal Supremo a determinar una línea jurisprudencial.

preselección de candidatos debería realizarse por el Consejo de la Magistratura, el cual debería establecer las listas de candidatos para el órgano electoral; 4) el Consejo de la Magistratura debería ser el único órgano no nombrado por voto popular, puesto que debería estar conformado por distintos actores relevantes de la justicia boliviana, buscando que sus integrantes reflejen gran experiencia en la judicatura, que representen distintos sectores de la sociedad y que garanticen una evaluación de méritos rigurosa.

En síntesis, en la definición de un modelo de magistratura (profesional, burocrático o democrático), hay que dar vida, de la mejor manera posible y de forma coherente, a los principios constitucionales de independencia, imparcialidad, pluralismo y carrera judicial, entre otros (CPE, art. 178). La idea de la redefinición del modelo debe permitir una institucionalidad suficiente y relevante, a través de mecanismos normativos apropiados en los cuales se pueda establecer en el sistema judicial boliviano qué rol ejerce cada uno de los actores involucrados, cómo debe ser elegido, quién debería llegar a ser juez y quién debería llegar a ser magistrado de las altas cortes, por cuánto tiempo debería ser elegido, qué condiciones profesionales se debe otorgar a una autoridad para garantizar que sea alguien que tenga una moral intachable y que no se encuentre dispuesto a negociar sus principios, a quién debe rendir cuentas, y quién debería tener la facultad de juzgarlo, entre otros muchos aspectos.

No se pretende desconocer las dificultades por las que atraviesa el sistema legal boliviano, pero, como dijo el famoso juez Marshall en una conferencia de prensa en el momento de su retiro en 1991, él “hizo lo que pudo con lo que tenía”, y con eso logró hacer grandes aportes al sistema legal de su país.¹⁰²

Bibliografía

- BINDER, Alberto y Leonel GONZALES, *Gobierno judicial. Independencia y fortalecimiento del poder judicial en America Latina*, Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.
- BORCHI, Marco, “La mainmise des partis politiques sur l'élection des juges”, en Eva Maria BELSER y Bernhard WALDMANN (eds.), *Mehr oder weniger Staat, Festschrift für Peter Hänni zum 65 Geburtstag*, Bern, Stämpfli Verlag, 2015.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, UNAM, México, 2004.
- _____, *Diritto costituzionale comparato*, 6ª. ed., vol. I, Cedam, Padova, 2004.
- DEYSINE, Anne, *La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique: droit, politique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2015.

¹⁰² Mark Tushnet, *Making Constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 194.

- DRAGO, Roland, “Droit comparé”, en *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- EGUIGUREN, Francisco José, *El Consejo Nacional de la Magistratura*, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 16, 2011.
- GARAPON, Antoine y Harold EPINEUSE, “Judicial Independence in France”, en Anja SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- GEE, Graham, “The Persistent Politics of Judicial Selection: A Comparative Analysis”, en Anja SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI, *La puissance de juger. Pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996.
- JACKSON, Vicky, “Judicial independence: structure, contexte, attitude”, en Anja SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 19-86.
- KIENER, Regina, “Judicial Independence in Switzerland”, en Anja SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- MAHON, Pascal y Anne BENOIT, *Droit constitutionnel des Etats Unis d’Amérique*, Bâle/Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, 2011.
- MAHON, Pascal y Roxane SCHALLER, “Le système de réélection des juges: évidence démocratique ou épée de Damoclès?”, *Justice – Justiz – Giustizia*, núm. 1, 2013.
- MALLESON, Kate, “Appointment, discipline and removal of judges: fundamental reform in the United Kingdom”, en Lee HOONG P. (ed.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- MUIR-WATT, Horatia, “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, núm. 3, 2000, pp. 503 a 527.
- PÁSARA, Luis y Marco FEOLI, “Prevalece la selección política en los nombramientos judiciales en América Latina”, *Justicia en las Américas*, blog de la Fundación para el Debido Proceso (DPLF), 2013. Disponible en: <https://dplfblog.files.wordpress.com/2013/11/pc3a1sara-y-feoli-prevalece-la-seleccc3b3n-polc3adtica.pdf>
- PERROT, Roger, Bernard BEIGNIER y Lionel MINIATO, *Institutions judiciaires*, 16ª. ed., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.
- PONTHOREAU, Claire, “Cultures constitutionnelles et comparaison en droit constitutionnel”, en Slobodan MILACIC et al., *Démocratie et liberté: tension, dialogue, confrontation – Mélanges en l’honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- RIVERA, José A., *Elecciones judiciales y reelección presidencial*, La Paz, Fundación Vicente Pazos Kanki, 2017.
- RUSO, Alfio, “Des juges tirés au sort : réalité ou illusion démocratique?”, *Justice – Justiz – Giustizia*, núm. 2, 2019.

- _____, “La désignation des juges en France et en Suisse: deux mondes différents?”, en Rashid BAHAR y Thomas KADNER (eds.), *Le droit comparé et le droit suisse*, Genève/Zurich, Schulthess, 2018.
- SEIBERT-FOHR, Anja (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- _____, “Judicial Independence in Germany”, en Anja, SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- _____, “The Normativity of an Evolving Transnational Principle”, en Anja SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- SHETREET, Shimon, “Judicial Independence, Liberty, Democracy and International Economy”, en Shimon SHETREET (ed.), *The Culture of Judicial Independence: rule of law and world peace*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2014.
- TUSHNET, Mark, *Making constitutional Law*, New York, Oxford University Press, 1997.
- _____, “Judicial selection, removal and discipline in the United States”, en Lee HOONG P. (ed.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- VOLCANSEK, Mary L., “Judicial Elections and American Exceptionalism: A comparative Perspective”, *DePaul L. Review*, núm. 60, 2011.
- WHEELER, Russel, “Judicial Independence in the United States of America”, en Anja SEIBERT-FOHR (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012.
- ZAPPELLI, Pierre, “Le juge et le politique, en particulier la question de l’élection”, en Marianne HEER (ed.), *Der Richter und sein Bild: wie sehen wir uns – wie werden wir gesehen?*, Bern, Stämpfli, 2008.
- ZOLLER, Elisabeth, “Le droit des Etats-Unis”, *Que Sais-je?*, Paris, PUF, 2001.

Héctor Alberto Pérez Rivera* (México)

La muerte del derecho penal: la constitucionalización del derecho victimal como elemento central de la reforma del sistema de justicia mexicano del año 2008

RESUMEN

La reforma constitucional del sistema de justicia en México en 2008 definió el esclarecimiento de los hechos, el acceso a la justicia y la reparación del daño como objetos del proceso penal. Esto rompe la visión netamente punitiva del derecho criminal, para definir constitucionalmente un sistema garantista con un fuerte componente de derecho victimal. Con ello, las víctimas del delito dejan de ser una fuente de evidencia para obtener condenas y son protagonistas del sistema de justicia, como sujetos de derechos procesales cuyos intereses se privilegian en el derecho procesal sobre el interés punitivo del Estado.

Palabras clave: derecho penal, derecho victimal, reforma judicial.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit der Verfassungsreform des mexikanischen Rechtssystems von 2008 wurden die Aufklärung der Straftat, die Justizgewährung und die Schadenswiedergutmachung als Ziele des Strafrechts definiert. Dies bedeutet einen Bruch mit dem ausschließlich punitivistischen Ansatz im Kriminalstrafrecht und den Übergang zu einem in der Verfassung verankerten Garantiesystem mit einer starken opferrechtlichen Komponente. Opfer von Straftaten sind damit nicht mehr Beweisquellen, über die eine Verurteilung erreicht wird, sondern Protagonisten des Rechtssystems und prozessrechtliche Subjekte, deren Interessen gegenüber dem staatlichen Strafanspruch Vorrang genießen.

Schlagwörter: Strafrecht, Opferrecht, Reform des Rechtssystems.

* L.L.M *Magna Cum Laude* por California Western School of Law. Profesor de Derecho Procesal Penal; director de la Clínica de Interés Público del ITAM y director general de la consultoría ACCEDeH. hector.perez.rivera@itam.mx

ABSTRACT

The constitutional reform of the justice system in Mexico in 2008 defined the clarification of facts, access to justice and reparation of damages as objects of criminal proceedings. This broke the purely punitive view of criminal law, in order to constitutionally define a rights-based system with a strong victims' rights component. With that, victims of crime cease to be a source of evidence for obtaining convictions and become protagonists in the justice system, as beneficiaries of procedural rights whose interests prevail in procedural law over the punitive interest of the State.

Key words: Criminal law, victims' rights, judicial reform.

Introducción: la muerte del derecho penal, el nacimiento del derecho victimal

El derecho penal clásico implica el conflicto entre el individuo que transgrede una norma de conducta y por ello debe ser sancionado por el Estado, que tiene el monopolio de la acción penal.¹ Como esa relación entre el individuo y el Gobierno es esencialmente desigual, para equilibrarla el derecho penal sustantivo y adjetivo cuenta con una serie de reglas que pretenden dotar a las partes de igualdad de armas: *in dubio pro reo*, *non bis in idem*, *nulum crime sine lege*, presunción de inocencia, defensa técnica gratuita, entre otras. El estudio del derecho penal se ha centrado en esta relación de quien transgrede la norma y quien debe perseguir dicha vulneración del orden jurídico.²

En los procesos judiciales en México, la víctima ha sido tratada tradicionalmente más como una evidencia útil para alcanzar la condena del responsable de un delito que como un sujeto activo cuyos derechos están en juego y deben ser garantizados.

La reforma Constitucional en materia penal del año 2008 representó un cambio de paradigma, al transitar de un sistema penal mixto (con elementos notoriamente inquisitivos) a un sistema adversarial, acusatorio y oral; sin embargo, el cambio de enfoque al que haremos referencia en este artículo es que, al definir el objetivo del proceso penal, el nuevo texto del artículo 20 de nuestra carta magna señala: "El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen".

En este tenor se define como eje rector de nuestra justicia penal los tres derechos esenciales de las víctimas del delito: verdad, justicia y reparación,³ alejándonos de

¹ Francisco Muñoz, *Teoría general del delito*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

² Claus Roxin, *Derecho penal*. Parte general, tomo I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2001, p. 86.

³ Véase, originalmente, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su

la visión punitivista clásica de esta rama del derecho, en la cual se consideraba que el delito dañaba a entidades abstractas como el Estado y la sociedad y, por lo tanto, debía ser castigado,⁴ al agregar al elemento de acceso a la justicia componentes de verdad y reparación que completan la triada del derecho victimal como el engranaje elemental del nuevo sistema.

Asimismo, la reforma adicionó un apartado (C) al artículo 20, que trata de evitar el trato desequilibrado de los derechos correspondientes a víctimas e imputados. De esta manera, en la configuración de nuestro sistema de justicia penal existen tres partes: Fiscalía (que representa el interés punitivo del Estado), la persona imputada (quien debe ser presumida inocente) y la víctima, como aquella persona que reciente el daño causado por el delito (que puede ser considerado en una denominación novedosa como hecho victimizante).

Para algunos juristas, el diseño del sistema procesal penal mexicano rompe el elemento de contradicción, ya que hay dos partes acusadoras.⁵

Esta configuración tripartita representa intereses que, pudiendo ser contradictorios, el mismo diseño del sistema les busca puntos de encuentro para cumplir con su objetivo (véase la justicia restaurativa, por ejemplo). Es decir, las tres partes deben, idealmente, perseguir el objetivo constitucional de verdad, justicia y reparación.

El fin de este apartado es evitar el trato desequilibrado de los derechos correspondientes a víctimas e imputados, aunque en la realidad aún dista mucho de conseguirlo. Cuando un juez penal emite una sentencia, alguien ha ganado y alguien ha perdido el juicio. La víctima, en aspectos esenciales, ¿qué ha ganado? El sistema de justicia en México apenas empieza a prepararse para comprender los testimonios de dolor y sufrimiento por las violaciones sufridas, así como las dificultades por las que pasan estas y sus familiares cuando se enfrentan al sistema, no solo de

Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, donde se reconocen como derechos el acceso a la justicia y la reparación; posteriormente, el *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada el 2 de octubre de 199, E/CN.4/2004/88. Incluye el “derecho a saber” (párrs. 17-25) como parte de este núcleo esencial de derechos. Adicionalmente deben considerarse en este mismo sentido los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, A/RES/60/147 (2005). Si bien estos derechos actualmente se asocian más a la llamada justicia transicional, en la Constitución mexicana se incluyen como el objeto del sistema de justicia penal.

⁴ Si bien establece la sanción (“que el culpable no quede impune”), lo hace desde un punto de acceso a la justicia, en un sentido cercano a la definición clásica de Ulpiano: “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho”; así, el artículo 20 constitucional retoma ese concepto previniendo “proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune” y recuperando además la fórmula de Blackstone (también conocida como *ratio* de Blackstone).

⁵ Difiero de esta apreciación.

administración y procuración de justicia, sino a las demás instituciones que pueden y deben ofrecerles protección.

Este artículo pretende explicar cómo el cambio constitucional, las leyes reglamentarias derivadas de este y el derecho internacional de los derechos humanos juegan un papel trascendental en el diálogo normativo y jurisprudencial, generando un auténtico *corpus iuris* que debe ser conocido y aplicado por las autoridades locales para crear condiciones de respeto y garantía de los derechos de las víctimas.

1. La reforma constitucional del artículo 20 y el derecho victimal como objeto del sistema de justicia penal

¿Cómo se llegó en México a conceder un rol tan importante a los derechos de las víctimas en el sistema de justicia penal? La respuesta a esa interrogante (me parece) es la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el foro jurídico nacional, en particular la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El sistema legal mexicano establece una serie de principios sobre los cuales sustenta su actuación. Estos principios se encuentran previstos tanto en la Constitución Política como en los códigos penales, las leyes generales e incluso leyes de ejecución de sentencias.

Al ser México un federalismo, distribuye su actividad estatal según su sistema jurídico en dos ámbitos: el federal y el local, por lo que en cada estado de la República existen leyes locales; sin embargo, la base de dicho sistema es la Constitución Federal.

En 2008 aún faltaban tres años para la reforma constitucional de 2011 que integró por completo el derecho internacional de los derechos humanos al derecho nacional. Sin embargo, a pesar de que en 2008 no había una disposición constitucional explícita que obligara a todas las autoridades del orden jurídico mexicano a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos no era una materia ajena al país.⁶

Aun así, de la lectura del proceso legislativo de la reforma de 2008 a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, entre otros,⁷ se advierte una muy estrecha apertura –casi

⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue aprobada por el Senado mexicano en el mes de diciembre de 1980 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981. A su vez, la competencia contenciosa de la Corte IDH fue aceptada por México el 16 de noviembre de 1998 y dicha aceptación se publicó en dicho *Diario* el 16 de noviembre de 1998. Para profundizar, véase *Diario Oficial de la Federación y Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Desde 1999, la Corte IDH ya había requerido del Estado mexicano la adopción de medidas provisionales en el Caso Digna Ochoa y Plácido y otros; aquel había litigado ante la Corte IDH en el Caso Martín del Campo Dodd vs. México en el año 2004.

⁷ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis (Dirección

nula— al derecho internacional de los derechos humanos como parámetro de la legislación nacional en lo que al derecho de víctimas se refiere. En la parte del proceso legislativo que se llevó a cabo en la Cámara de Diputados solo hay dos referencias al derecho internacional de los derechos humanos: la iniciativa de ley presentada por el diputado panista Jesús de León Tello —la única referida exclusivamente a los derechos de las víctimas del delito—, donde se hace referencia a la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y los Abusos de Poder,⁸ y la intervención de la diputada Aída Marina Arvizu Rivas, quien se refirió a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Cedaw, por sus siglas en inglés) al mencionar que los delitos de orden sexual y violencia intrafamiliar no deben ser resueltos mediante convenio o algún proceso de mediación.⁹

En el proceso legislativo en la Cámara de Senadores hubo una mayor referencia a instrumentos internacionales e incluso un esbozo de diálogo entre el órgano legislativo y los parámetros internacionales. En el dictamen de la primera lectura de la minuta enviada por la Cámara de Diputados hay referencias a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) en el contexto de la definición del término *delincuencia organizada*;¹⁰ al artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como fundamento de la obligación del Estado de proporcionar mecanismos para la garantía de los derechos, uno de los cuales son los mecanismos alternativos para la solución de controversias y una defensoría pública de calidad;¹¹ y, de manera genérica, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y a la CADH durante la intervención del senador Ricardo Monreal, en el contexto del derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y la privacidad de las comunicaciones.¹²

Resulta interesante la intervención del senador Dante Delgado durante el debate, pues fue el único que no hizo meras referencias genéricas a instrumentos internacionales, sino que se refirió a parámetros establecidos en el derecho internacional, como el artículo 9 del PIDCP,¹³ al informe que elaboró el Grupo de Trabajo de las

de Bibliotecas y de los Sistemas de Información), *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (Proceso legislativo, 18 de junio de 2008)*, México, D. F., Subdirección de Archivo y Documentación, 2008, p. 651.

⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁹ *Ibid.*, p. 174.

¹⁰ *Ibid.*, p. 273.

¹¹ *Ibid.*, p. 280.

¹² *Ibid.*, p. 330.

¹³ PIDCP, artículo 9.1. “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro

Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria en el año 2002 y al informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la situación de tales derechos en México. Dichas referencias se hicieron en el contexto de la discusión de violaciones de los derechos humanos durante las detenciones arbitrarias, por lo que la intervención del senador, brevemente, abordó el tema de las víctimas de estas violaciones y no solo de las víctimas del delito.¹⁴

Por último, una vez que la iniciativa regresó a la Cámara de Diputados, en el segundo dictamen hubo referencias genéricas a la CADH, al PIDCP y a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de la Organización de las Naciones Unidas, así como una breve referencia –durante el segundo debate– al artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

A partir de la lectura del proceso legislativo de la reforma constitucional de 2008 es posible advertir que los derechos de las víctimas, tanto del delito como de derechos humanos, no fueron tratados como un imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, sino como un caballo de Troya que formaba parte de una política que si bien buscaba conformar un sistema penal distinto, tenía como uno de sus objetivos principales el endurecimiento de la persecución y el castigo de la delincuencia organizada.¹⁵ En este escenario, las víctimas pasan a un segundo plano. Estas cuestiones se vuelven evidentes cuando se advierte que la reforma del proceso penal estuvo acompañada de la constitucionalización del arraigo, la intervención en comunicaciones privadas y otro tipo de medidas que, desde un estándar internacional de los derechos humanos, son sumamente dudosas.

Sin embargo, quizá sin que lo haya notado el Poder Legislativo mexicano, en el texto constitucional se incluyó un fraseo que orienta el objetivo del proceso penal conforme a los derechos esenciales de las víctimas del delito.

La ampliación garantista de nuestra Constitución en materia de derechos vic-
timales no es un caso aislado en el mundo. La incorporación activa de las víctimas

funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

¹⁴ Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, *op. cit.*, p. 335.

¹⁵ No obstante, el Protocolo Adicional en materia de trata de personas de la Convención de Palermo (Protocolo de Palermo) es el único instrumento internacional vinculante que contiene un catálogo específico de derechos de las víctimas. Para profundizar, véase Héctor Alberto Pérez, *La trata de personas como violación a los derechos humanos: el caso mexicano*, México, CNDH, 2016.

y el redimensionamiento de sus derechos en la jurisdicción, ante los agresores y autoridades administrativas, es la transformación más sensible y socialmente significativa de la justicia penal contemporánea.

Los derechos de las víctimas han experimentado un importante impulso a través del movimiento internacional por los derechos humanos.¹⁶ El texto constitucional retoma en esencia lo establecido en dos instrumentos internacionales fundamentales en materia de derecho victimal: la citada Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder por parte de la ONU, el 29 de noviembre de 1985, y la Convención de Palermo, cuyo artículo 25 trata sobre la atención y protección a las víctimas.¹⁷

La Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el derecho de las víctimas a coadyuvar en las investigaciones. En el Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, la Corte IDH estableció que “las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos”. También en el Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs.* Ecuador determinó que el derecho de las víctimas de coadyuvar incluye el derecho de formular pretensiones y presentar pruebas. Asimismo, se pronunció en el Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá en relación a que el Estado está obligado a garantizar que las víctimas del delito y sus familiares “tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de investigaciones y procesos”. Finalmente, en los casos del Caracazo *vs.* Venezuela y Radilla Pacheco *vs.* México, la Corte IDH reconoció que durante la investigación y el juzgamiento, el Estado debe asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares de la víctima en todas las etapas de la investigación, así como el derecho de que los resultados de los procesos sean divulgados e informados a las víctimas.

¹⁶ Aunque los discursos sobre la mayor protección victimal presenten matices importantes entre aquellos que propugnan una mayor atención integral, la rehabilitación, el debate entre la expansión punitiva o retribución como medida disuasiva frente a posturas más favorables a un derecho penal mínimo, con medidas administrativas y mediación penal, pasando por propuestas que buscan eliminar la victimización desde la raíz, tales como los enfoques de prevención (Cfr. Ester Kosovski, “Victimología y derechos humanos: una buena coalición”, en Pedro David y Eduardo Vetere [coords.], *Víctimas del delito y del abuso del poder. Libro conmemorativo en homenaje a Irene Melup*, México, Inacipe, 2006, pp. 282-284).

¹⁷ Convención de Palermo, artículo 25: “Asistencia y protección a las víctimas: 1. Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación. 2. Cada Estado parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución. 3. Cada Estado parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa”.

Dicha participación deberá tener como finalidad: (i) el acceso a la justicia, (ii) el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y (iii) el otorgamiento de una justa reparación.¹⁸

Sin embargo, la reforma constitucional de 2008 en México fue mucho más lejos, ya que en la redacción del artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Federal,¹⁹ establece el objeto del proceso y menciona que es el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. En otras palabras, la propia Constitución prevé como finalidad de todo proceso penal la garantía de los derechos a la verdad (esclarecimiento de los hechos), el acceso a la justicia (procurar que el culpable no quede impune) y a la reparación (que los daños causados por el delito se reparen).

En tan solo dos líneas, la reforma constitucional transforma radicalmente el sistema de justicia penal, pues su propósito central ya no es el ejercicio del poder punitivo estatal; más bien, la finalidad es garantizar los derechos de las víctimas del delito. Incluso la sanción, un rasgo definitorio del derecho penal, ya no es vista como una finalidad en sí misma, sino como una manera de garantizar el derecho de acceso a la justicia y un mecanismo de reparación del daño de las víctimas (medida de satisfacción²⁰). En pocas palabras, la propia Constitución hace un mayor énfasis en los derechos que en el castigo.

¹⁸ En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos (Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209, párrs. 247 a 258). Respecto a la utilización de las sentencias por dicho tribunal, véase las Tesis LXV: Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio, emitida el 25 de octubre de 2011 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁹ Artículo 20. “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. A. De los principios generales: I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”.

²⁰ En este sentido, véase la Tesis VI.20.P.16 P (10a.), p. 1273: Víctima u ofendido del delito. Al promover el juicio de amparo directo contra sentencia definitiva que absuelve al inculpado, en atención al principio de progresividad, puede impugnar tanto violaciones procesales como apartados relacionados con la acreditación del delito y la plena responsabilidad penal, al hacer esa resolución nugatorio su derecho fundamental a la reparación del daño (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, Amparo directo 184/2013, 15 de agosto de 2013. Unanimidad de votos. Ponente Margarito Medina Villafaña; Secretaria Yenni Gabriela Vélez Torres). // Nota: En relación con el alcance de la presente tesis, destaca la diversa jurisprudencia 1a./J. 21/2012 (10a.), de rubro: “Víctima u ofendido del delito. Está legitimado para promover juicio de amparo directo contra la sentencia definitiva que absuelve al acusado”, que

La inclusión de los derechos de verdad, justicia y reparación en la Constitución y, sobre todo, en el contexto del proceso penal, tiene consecuencias prácticas relevantes. Para empezar, dicha inclusión inaugura el surgimiento del derecho de víctimas en México: el sistema de justicia penal se ha convertido en victimal. Después, si la Constitución establece que el objeto del proceso penal es la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación, entonces todo proceso que no reconozca o cumpla con esta finalidad es susceptible de ser declarado inconstitucional. Por último, la finalidad del proceso penal ya no es la sanción, sino evitar procesos de victimización primaria y secundaria.²¹ Esta cuestión implica que los procesos de victimización secundaria deberían de estar sujetos a ponderación o escrutinio en el momento de determinar si un proceso penal es conforme con el parámetro de regularidad constitucional.

A lo largo de todo el proceso legislativo no se mencionan las razones por las cuales se decidió que el objeto del nuevo sistema procesal penal sería la garantía de los derechos a la verdad, justicia y reparación. Tenemos el acta de defunción, pero no el protocolo de necropsia.

Una posible explicación de la versión final del texto constitucional es que, como se dijo en párrafos anteriores, para el año 2008 el derecho internacional e interamericano ya no era algo ajeno a los creadores y operadores del derecho nacional. Por ende, tal vez la reforma de 2008 fue el primer impulso para comenzar la paulatina integración del derecho internacional al derecho interno, que tuvo su punto culminante en la reforma constitucional del año 2011.²²

¿Es esto derecho penal? No en un sentido tradicional, pues conforma una triada que subordina el interés punitivo del Estado a aspectos más amplios, como el

aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, décima época, Libro VIII, tomo 1, mayo de 2012, p. 1084.

²¹ La victimización primaria es aquella consecuencia directa del hecho victimizante (para el derecho penal, el delito). Muchos autores coinciden en definir la victimización secundaria como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal; supone un choque frustrante entre las legítimas expectativas de la víctima y la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el hecho delictivo, que la deja desolada e insegura y genera una pérdida de fe en la habilidad de la comunidad, los profesionales y las instituciones para dar respuesta a sus necesidades (Kreuter, 2006; Soria, 1998; Landrive, 1998). Asimismo, se entiende como una segunda experiencia victimal que resulta con alguna frecuencia siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica o patrimonial (Berril y Herek, 1992; Beristain, 1995, 1999; García-Pablos, 2003; Landrove, 1998; ONU, 1999; Wemmers, 1996).

²² El objeto del proceso derivado del texto constitucional permeó la estructura del Código Nacional de Procedimientos Penales del año 2016, dentro de la cual hay múltiples momentos en los que el interés de la víctima se sobrepone al interés punitivo del Estado; por ejemplo, en la oposición a criterios de oportunidad, los medios alternativos de solución de controversias y los procesos abreviados. Esto será desarrollado más adelante.

Cuadro 1. Derechos fundamentales de las víctimas

Componente	Derechos
Acceso a justicia (derechos procesales)	<ul style="list-style-type: none"> • A acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar la responsabilidad en la comisión del delito o de la violación de los derechos humanos. • A solicitar, acceder y recibir, en forma clara y precisa, toda la información oficial necesaria para lograr el pleno ejercicio de cada uno de sus derechos. • A participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición. • A impugnar las resoluciones del Ministerio Público. • A obtener en forma oportuna, rápida y efectiva todos los documentos que requieran para el ejercicio de sus derechos, <i>entre estos, los documentos de identificación y las visas.</i> • A ser efectivamente escuchadas por la autoridad respectiva cuando se encuentren presentes en la audiencia, diligencia o en cualquier otra actuación y antes de que la autoridad se pronuncie. • A ser notificadas de las resoluciones relativas a las solicitudes de ingreso al Registro y de medidas de ayuda, de asistencia y reparación integral que se dicten. • <i>A que el consulado de su país de origen sea inmediatamente notificado conforme a las normas internacionales que protegen el derecho a la asistencia consular, cuando se trate de víctimas extranjeras.</i> • <i>A recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso de que no comprendan el idioma español o tengan discapacidad auditiva, verbal o visual.</i>
Derecho a la verdad	<ul style="list-style-type: none"> • A que se inicie y realice una investigación adecuada con la debida diligencia. • A conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que les fueron violados sus derechos humanos.
Asistencia victimal	<ul style="list-style-type: none"> • A que se les brinde protección y se salvaguarde su vida y su integridad corporal. • A ser tratadas con respeto conforme a su dignidad. • A solicitar y a recibir ayuda, asistencia y atención en forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal especializado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante. • A la reunificación familiar cuando por razón del tipo de victimización su núcleo familiar se haya dividido. • A retornar a su lugar de origen o a reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad. • A ser beneficiarias de las acciones afirmativas y programas sociales públicos para proteger y garantizar sus derechos. • A no ser discriminadas ni limitadas en sus derechos. • A recibir tratamiento especializado que les permita su rehabilitación física y psicológica con la finalidad de lograr su reintegración a la sociedad.
Reparación del daño	<p>La reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante.</p>

conocimiento de la verdad y la reparación del daño. Esta definición teleológica haría inconstitucional cualquier proceso que no cumpla los tres componentes básicos del derecho victimal.

De ahí se deriva un catálogo de derechos que fue recogido por la Ley General de Víctimas, los cuales podrían tener la clasificación que se hace en el cuadro 1.

La reforma constitucional del sistema de justicia del año 2008 es una ruptura definitiva con el derecho penal tradicional, al pasar de una visión punitivista a una garantista en la que la víctima del delito ocupa un papel protagónico, ya no como una evidencia. Además, la reforma constitucional de 2008 introduce un avance importante en cuanto a los derechos procesales de las víctimas y la reparación del daño.

Aunque desde el año 1993 hubo una serie de reformas al artículo 20 de la Constitución Federal mediante las cuales se reconoce el derecho de las víctimas del delito a recibir asesoría jurídica, a la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público y recibir atención médica de urgencia,²³ con la reforma constitucional del año 2008 se amplió el catálogo de los derechos de la víctima en sincronía con el inicio de un nuevo sistema de impartición de justicia penal.

La reforma –la cual recogió experiencias de entidades federativas como Baja California, Oaxaca, Chihuahua, Morales y Zacatecas, las cuales ya habían transitado a un sistema procesal acusatorio– tuvo como consecuencia el establecimiento del apartado C del artículo 20 constitucional que se refiere a los derechos de las víctimas del delito en el marco del proceso penal acusatorio. De igual manera, este apartado integra, amplía y desarrolla el artículo 25 de la Convención de Palermo, el cual dispone medidas de asistencia y protección para las víctimas del delito, la obligación de los Estados parte de establecer procedimientos adecuados que permitan a las víctimas del delito obtener una restitución o indemnización y medidas que hagan posible la participación de las víctimas en el proceso penal.²⁴

²³ La primera reforma constitucional del artículo 20, mediante la cual se reconocieron los derechos de la víctima, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*. Con dicha reforma se reconocieron los derechos de las víctimas a recibir asesoría jurídica, a la reparación del daño, a coadyuvar con el Ministerio Público y recibir atención médica de urgencia. El 31 de diciembre de 1994 hubo una segunda reforma que agregó al catálogo de derechos anterior el derecho a impugnar el no ejercicio y desistimiento de la acción penal. Una tercera reforma fue la del 21 de septiembre del año 2000, mediante la cual se estableció la estructura del artículo 20 constitucional en dos apartados: A (relativo a los derechos del inculpado) y B (que se refiere a los derechos de las víctimas). Estos últimos se ampliaron para agregar la atención psicológica de urgencia, medidas y providencias de seguridad y auxilio, y protección de las víctimas menores de edad durante el proceso (véase Arely Gómez González, “Derechos humanos y garantías de las víctimas del delito”, en Arely Gómez González [coord.], *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016, p. 414).

²⁴ Artículo 25. “Asistencia y protección a las víctimas. 1. Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención, en particular en casos de amenaza de represalia o intimidación. 2. Cada Estado parte establecerá procedimientos

Cuadro 2. Derechos de las víctimas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Derecho	CPEUM A. 20 C	Observaciones
A recibir asesoría jurídica		Ser informadas de los derechos que tiene en su favor, cuál es el procedimiento para acceder a ellos, incluso a ser asesoradas y representadas dentro de la investigación y el proceso por un asesor jurídico; esto incluirá su derecho a elegir libremente a su representante legal.
A coadyuvar con la autoridad investigadora		Presentar pruebas y argumentos con los que cuenten para que se realice una investigación y un proceso en el que se consideren sus intereses.
A la seguridad (resguardo de identidad* y protección de datos personales)		Garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor contra todo acto de amenaza, intimidación o represalia. A rendir o ampliar sus declaraciones sin ser identificadas dentro de la audiencia, el juez tiene la obligación de resguardar sus datos personales y, si lo solicitan, hacerlo por medios electrónicos.
A solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos		Medidas que se dictan antes de la resolución del procedimiento para evitar un daño de difícil o imposible reparación.

* La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) contempla el resguardo de identidad en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. La Ley General de Víctimas lo enuncia de manera general.

Tanto el objeto del proceso como el catálogo de derechos de las víctimas del delito fueron desarrollados de manera más amplia en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP).²⁵

adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución. 3. Cada Estado parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y examinen las opiniones y preocupaciones de las víctimas en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa”.

²⁵ El CNPP fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo 2014, es decir, casi tres años después de la reforma constitucional al artículo 1 del año 2011. En las iniciativas de ley, los dictámenes de ambas cámaras, así como las discusiones respectivas, no se menciona explícitamente por qué se incluyeron los derechos que reconoce el artículo 109 del CNPP. Tampoco hay referencias explícitas a tratados internacionales o jurisprudencia de la Corte IDH como un parámetro de control de la legislación que se pretende emitir.

2. El derecho victimal como componente del proceso penal mexicano

A grandes rasgos, el CNPP, a diferencia del texto constitucional, introduce una definición de víctima y la distingue de aquella del ofendido tomando como criterio diferenciador si la afectación de la conducta delictiva es resentida directamente por la persona o por el titular del bien jurídicamente protegido.²⁶ De igual manera, el CNPP amplía el catálogo de derechos que prevé el artículo 20, apartado C, de la Constitución, al agregar otros como contar con la asistencia de un traductor, a participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias, a recibir asistencia migratoria, a que se realicen ajustes razonables si la víctima es una persona con discapacidad, entre otros.

Los derechos a la reparación del daño, la participación de la víctima en el proceso o la protección de víctimas menores de edad son algunos derechos que se regulan de manera más detallada en distintos momentos del CNPP; otros solo son mencionados por única ocasión en el artículo 109.

Aun así, es posible ver en el CNPP una integración más compleja del derecho internacional de los derechos humanos, en relación con los derechos de las víctimas, que en la propia Constitución Federal. Ejemplos de esto van más allá de los artículos 1 y 2 del CNPP²⁷ –los cuales se integran explícitamente a los tratados internacionales y los derechos a la verdad, justicia y reparación como parte del marco de derechos o principios que lo regulan– y se pueden encontrar en el reconocimiento explícito

²⁶ Artículo 108. “Víctima y ofendido. Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima. La víctima u ofendido, en términos de la Constitución y demás ordenamientos aplicables, tendrá todos los derechos y prerrogativas que en éstas se le reconocen”.

²⁷ Artículo 10. “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

Artículo 20. “Objeto del Código. Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.

de personas vulnerables en el catálogo de derechos del artículo 109, así como en el reconocimiento del derecho a la información de las víctimas y la transversalidad de la reparación del daño a lo largo del CNPP.²⁸

Otra inclusión relevante en el CNPP fue el concepto de debida diligencia, en particular en los artículos 109, fracción II²⁹ y 129, primer párrafo.³⁰ En dichos artículos se establece la obligación del ministerio público de llevar a cabo sus investigaciones con la debida diligencia, tal como lo ordena la jurisprudencia de la Corte IDH en la que se ha interpretado el artículo 1.1. de la CADH, en particular, las obligaciones de respeto y garantía.

Conclusiones

La reforma constitucional de 2008, que cambia radicalmente el sistema de justicia penal mexicano, incluyó como un componente esencial de este el derecho victimal y estableció como su objeto constitucional los tres derechos fundamentales.

Esto permite repensar la interpretación clásica que se ha dado a las víctimas en nuestro sistema legal y proponer un debate que defina algunos aspectos cruciales en la nueva mirada constitucional:

- i) La protección a las víctimas debe tener un alcance general, y obligar a todas las autoridades en los tres niveles de gobierno y los tres poderes;
- ii) la interpretación constitucional debe reconocer tanto a víctimas del delito como de violaciones de derechos humanos, es decir, debe ser reglamentaria de los artículos 1º párrafo tercero y 20 “C” constitucionales;
- iii) la legislación mexicana debe contemplar derechos integrales a la asistencia permanente, el acceso a la justicia, la verdad y la reparación integral del daño; y

²⁸ Algunos ejemplos de la transversalidad de la reparación del daño son las providencias precautorias para garantizar la reparación del daño (art. 138), el plan detallado sobre la reparación del daño que debe contener la solicitud de suspensión condicional del proceso (art. 191) y la inclusión del monto de la reparación del daño en la solicitud de procedimiento abreviado (art. 201).

²⁹ Artículo 109. “Derechos de las víctimas u ofendido. En los procedimientos previstos en este Código, las víctimas u ofendidos tendrán los siguientes derechos:

II. A que el Ministerio Público y sus auxiliares así como el Órgano jurisdiccional les faciliten el acceso a la justicia y les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la debida diligencia”.

³⁰ Artículo 129. “Deber de objetividad y debida diligencia. La investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso”.

- iv) las víctimas deben contar con mecanismos efectivos de reparación que trasciendan a la indemnización o la orientación, y deberá incluir medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

El paso está dado, la nueva configuración de nuestro sistema de justicia dejó de ser criminal netamente, y el rol de las víctimas, como sujetos a quienes afecta el fenómeno social al que llamamos delitos, es fundamental. Esto termina con la concepción tradicional del derecho penal en la que el individuo acusado de una conducta antisocial es perseguido por el Estado. Nuestra reforma constitucional supera ese esquema vertical para darnos uno holístico, en el que el delito es un fenómeno donde se encuentran víctimas y victimarios, que deben ser atendidos por el Estado, el cual tendrá que garantizar que se conozca la verdad del suceso, se sancione al responsable (protegiendo a los inocentes) y se reparen los daños causados por el delito.

Digamos adiós al derecho penal clásico y celebremos la llegada de una versión holística donde las víctimas son sujetos de derechos y no solo fuentes de evidencia.

Bibliografía

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- GÓMEZ, Arely, “Derechos humanos y garantías de las víctimas del delito”, en Arely GÓMEZ [coord.], *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2016.
- KENNEDY, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010.
- KOSOVSKI, Ester, “Victimología y derechos humanos: una buena coalición”, en Pedro DAVID y Eduardo VETERE (coords.), *Víctimas del delito y del abuso del poder. Libro conmemorativo en homenaje a Irene Melup*, México, Inacipe, 2006.
- MARCHIORI, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, México, Editorial Porrúa, 1998.
- MUÑOZ, Francisco, *Teoría general del delito*, 4ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- PÉREZ, Héctor Alberto, *La trata de personas como violación a los derechos humanos: el caso mexicano*, México, CNDH, 2016.
- RODRÍGUEZ, Luis, *¿Cómo elige un delincuente a sus víctimas? Victimización sexual, patrimonial y contra la vida*, 2ª. ed., México, Inacipe, 2012.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 2001.
- SECRETARÍA DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS, Centro de Documentación, Información y Análisis (Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información), *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (Proceso legislativo, 18 de junio de 2008)*, México, D. F., Subdirección de Archivo y Documentación, 2008.

STEINER, Christian y Patricia URIBE (coords.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014.

ZAMORA, José, *Derecho víctima: la víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, México, Inacipe, 2012.

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski (Brasil)*
Bruna de França Hungaro (Brasil)**

Prisão com condenação em segunda instância: afeta a presunção de inocência exposta na constituição brasileira?

RESUMO

Utilizando a metodologia hipotético-dedutiva, o presente artigo visa clarear as percepções acerca de determinadas decisões jurisprudenciais recentes no que tange a prisão com condenação em segunda instância, e, com uma linguagem neutra, expor as indagações dos jurisperitos e doutrinadores ao discordarem se a prisão referida afeta o princípio da presunção de inocência; sendo este um princípio constitucional, propunha-se a indagação: a prisão com condenação em segunda instância é inconstitucional? Através dessa indagação, o artigo presente caminhará através dos históricos que antecederam todas as tomadas de decisões, com ênfase no *Habeas Corpus* nº 152.752 / PR, a fim de motivar as decisões e opiniões diversas explanadas até o presente.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Não-culpabilidade, *Habeas Corpus* nº 152.752.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit Hilfe der hypothetisch-deduktiven Methode beabsichtigt der Artikel, e zur Klärung der Wahrnehmung einiger Gerichtsentscheidungen jüngerer Datums zur Inhaftierung nach einer Verurteilung in zweiter Instanz beizutragen, und stellt nach der unparteiischen Darlegung der Ergebnisse von Rechtspraktikern und -theoretikern, die in der Frage, ob die genannte Inhaftierung das Prinzip der Unschuldsvermutung

* Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário Cesumar. Graduado em Direito e Teologia pelo Centro Universitário Cesumar. Advogado e professor universitário. matheuswolowski@hotmail.com

** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cesumar. brunahungaro.mga@gmail.com

- und damit einen Verfassungsgrundsatz - verletzt, divergierende Auffassungen vertreten, die Frage: Ist die Inhaftierung nach einer Verurteilung in zweiter Instanz verfassungswidrig? Ausgehend von dieser Fragestellung geht der Artikel auf die Vorgeschichte aller Entscheidungen unter besonderer Berücksichtigung des *Habeas corpus* Nr. 152.752 / PR mit dem Ziel ein, die bisher dargelegten Entscheidungen und Meinungen zu begründen.

Schlagwörter: Unschuldsvermutung, fehlendes Verschulden, *Habeas Corpus* Nr. 152.752.

ABSTRACT

Using a hypothetical-deductive methodology, this article aims at clarifying views about certain recent case law decisions with regard to imprisonment with second instance conviction, and, in a neutral language, expose the researches of law scholars and legal theory authors by disagreeing whether said imprisonment affects the principle of presumption of innocence. As this is a constitutional principle, a research on the following subject is advised: Is imprisonment with a second instance conviction unconstitutional? Through this research, the article will analyze the stories that preceded all decision making, with emphasis on *Habeas Corpus* No. 152,752 / PR, in order to find a basis for the diverse decisions and opinions expressed to date.

Keywords: Presumption of innocence, Non-guiltiness, *Habeas Corpus* No. 152752.

Introdução

Em face do *habeas corpus* impetrado em favor do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a ilegalidade da condenação de prisão promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, vis à sua concordância na decisão de que o princípio da presunção de inocência não interfere no início da execução da pena quando já esgotados os recursos cabíveis nas instâncias ordinárias.

O presente artigo visa explicar a decisão mais recente em consonância com as decisões proferidas ao longo dos anos a partir da promulgação da Constituição Federal Brasileira, pois há quem defenda que o princípio da presunção de inocência impede a prisão antes do trânsito em julgado, e há quem defenda o oposto.

O Ministro Luiz Fux, em sua tese, da qual tangeu seu voto diante do *habeas corpus*, discorreu acerca da hermenêutica jurídica posta sobre a execução prática da norma constitucional referente à presunção de inocência do cidadão até a sentença penal condenatória. Diante destes aspectos hermenêuticos, o artigo presente busca responder a seguinte pergunta: prisão com condenação em segunda instância afeta a presunção de inocência?

Será trazida à baila a argumentação dos votos dos Ministros que participaram do julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752, já que envolve a temática abordada.

Ademais, é conveniente, em primeira ordem, lembrar os acontecimentos passados que influenciaram a vida e as decisões ao passar dos tempos, pois é de conhecimento público a história das nações advindas de guerras e a falta de respeito para com a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, no intuito da eventual solução desse impasse remetido, exsurge clara e insofismável motivação sobre o estudo do entendimento histórico da presunção de inocência, com intento de compreender a situação na qual a nação se encontrara, e consequentemente avaliar os motivos que motivaram o nascimento do princípio. Assim, com a compreensão do passado, o caminho para o erro se elucida.

Os momentos históricos mais convenientes a estudo no artigo presente remetem aos momentos de maior exaltação do princípio da presunção de inocência, que são logo após a Revolução Francesa – com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão –, e auferidos no Brasil depois do Regime Militar e posterior Constituição Federal de 1988.

De forma neutra, o artigo destacará as controvérsias acerca da temática, visando a explicação dos motivos que levaram o Brasil a adotar o entendimento de que é lícita a prisão em condenação em segunda instância.

1. O berço de nascimento do consagrado princípio de presunção de inocência

1.1. A Revolução Francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

A primeira aparição expressa do princípio da presunção de inocência deu-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Do seu artigo 9º extrai-se que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Neste íterim, a presunção de inocência nasceu diante de uma revolução que teve por escopo o surgimento dos direitos fundamentais. Este princípio em específico visava especialmente a abolição da tortura e do sistema da prova legal.¹

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão se originou diante de uma sociedade cuja realidade era humilhante para os que a integravam. Conforme afirma Maluf, “a França estava destinada a conseguir a vitória das ideias democráticas para si

¹ Cristiane Vieira Silva, Presunção de inocência x prisão cautelar: análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro, Centro Universitário de Brasília – Uni. CEUB Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, 2012, p. 19.

e para o mundo inteiro”;² afirmação que se justifica ao se analisar o descontentamento do Estado Monárquico Absoluto instaurado no país mencionado. Esse momento foi constituído pela força do liberalismo que se instituíra na França sob forte influência dos líderes liberais como Montesquieu, Voltaire e D’Argenson, dentre outros.³

O grande escopo para o início da revolução se deu logo em 1788 com a grande ocorrência de geadas invernais. Em consequência, resultou-se o insucesso no processo de colheita de alimentos, obrigando os moradores do campo a migrar para as cidades em busca de alimento e sustento. Logo, as fábricas utilizaram-se desse infortúnio para explorar ao máximo os trabalhadores em troca de condições humilhantes de existência.⁴ Destarte, conforme a assertiva de Coggiola, as pessoas “viviam à base de pão preto e em casas de péssimas condições, sem saneamento básico e vulneráveis às doenças de todo o tipo”⁵

Pressagiando desmesurada magnitude e seriedade ao momento histórico à baila, com anseio de transformar aquela sociedade monárquica e opressora em uma sociedade democrática, face às múltiplas insatisfações do povo francês inicia-se a Revolução Francesa. Nesta vereda, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão surgiu sintetizada pelos princípios de “liberdade, igualdade e fraternidade”, transformando os indivíduos em cidadãos, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem fossem superados, e através da declaração em jus objetiva-se assegurar os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem.⁶ Deste modo, os representantes do povo francês e o próprio povo levaram-se a repudiar a opressão que viveram durante muito tempo em toda a sua circunscrição.⁷

O fato de o princípio de presunção de inocência estar impingido no documento permite caracterizá-lo, dentre outras razões, como direito fundamental na busca da democracia, tendo em vista que as mudanças consagradas no seio da sociedade francesa buscavam essencialmente condições mínimas de existência e a ruptura de privilégios somente destinados à nobreza.

O princípio da presunção de inocência vai além de uma defesa, garantindo aos cidadãos a premissa de “proteção” até que o processo judicial despache uma sentença de mérito, bem como, englobando principalmente o modo pelo qual o agente é tratado durante o processo, “como deve ser tutelada a sua liberdade, integridade

² Sahid Maluf, Teoria geral do Estado, 23ª. ed. rev. e atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 125.

³ *Idem.*

⁴ Osvaldo Coggiola, Novamente, a Revolução Francesa, Projeto História, São Paulo, n. 47, pp. 281-322, ago. 2013, p. 288.

⁵ *Ibid.*, p. 289.

⁶ Sahid Maluf, Teoria geral do Estado, 23ª. ed. rev. e atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 126.

⁷ Roberto Albuquerque, A Revolução Francesa e o princípio da responsabilidade, R. Inf. Legisl., Brasília, a26, n.104, out/dez. 1989, p. 300. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181980/000447971.pdf?sequence=1>

física e psíquica, honra e imagem, vedando-se abusos, humilhações desnecessárias, constrangimentos gratuitos e incompatíveis com o seu status, mesmo que presumido, de inocente⁸.

Ao se deparar com o contexto histórico inerente aos direitos fundamentais, cumpre ressaltar que um dos seus principais objetivos consiste na luta contra a retroação de todas as conquistas realizadas até então, para que a sociedade e os seus cidadãos não se destinem a tamanha opressão e falta de direitos novamente.

Embora os acontecimentos instituídos na França em 1789 e no Brasil por volta de 1988 se coloquem em situações e décadas diferentes, ambas as sociedades nos respectivos momentos ansiavam o mesmo objetivo: a conquista do Estado Liberal. Consequentemente, as conquistas provindas através da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem não haveriam de ficar de fora na Constituição Federativa Brasileira de 1988.

1.2. Antecedentes históricos na construção da Constituição Democrática Brasileira de 1988

A Constituição Federativa Brasileira de 1988 nasceu sob um contexto de crise profunda que se debatia no Estado Brasileiro por volta das décadas de oitenta e noventa,⁹ especialmente a partir do golpe de 1964, do qual foi instaurado o Movimento Militar no Brasil. Sob a ótica deste movimento foi deposto o Vice-Presidente da República João Goulart, e, assim, os militares assumiram o poder do Estado.

Até então a luta pelo poder desencadeara crises políticas e conflitos constitucionais. A luta dos militares no anseio de vitória sobre os militantes comunistas viera de um tempo considerável; logo após assumirem a liderança, decretaram prisões políticas a todos que seguiram ou simpatizavam com o Presidente deposto, com as ideias de esquerda ou com os que eram contra o Regime Militar.¹⁰

Não obstante, instaurou-se a AI5. Conforme dita a assertiva de José Afonso da Silva, “foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil”.¹¹ O instrumento em pauta pusera todo o completo poder nas mãos do Poder Executivo, da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar; em consequência, o Presidente Marechal Arthur da Costa e Silva ficara impossibilitado de exercer suas funções.

O Regime Militar instituído no Brasil foi conhecido pela violação de direitos dos cidadãos, especialmente dos políticos e opositores do novo regime de governo instaurado no território. Dentre as principais realizações dos militares se destacam

⁸ Roberto Delmanto Júnior, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 66.

⁹ José Afonso Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 20.

¹⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹¹ *Ibid.*, p. 90.

a cassação de mandatos de deputados, senadores, prefeitos e governadores, e a suspensão do habeas corpus para crimes políticos.¹²

Em face desses acontecimentos narrados, e diante dos movimentos dos democráticos que mostraram a insatisfação da população com os acontecimentos que pairavam, a vontade de constituir uma Nova República começou a ganhar espaço; a crise instituída no Brasil nesta época refletia claramente a falta da soberania do povo.

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que se ‘definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e o que é mais importante ‘pelo início decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira’. E, assim, finalmente, a Nova República ‘será iluminada pelo futuro Poder Constituinte que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã.’¹³

Através da nova Constituição se instaurou a criação de normas fundamentais, incumbindo-se a mesma como o “instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem”¹⁴ com o objetivo de instituir um Estado Democrático. Nesta vereda, consoante a lembrança de José Afonso da Silva, “é a primeira vez que o Direito Constitucional é efetivamente o ápice e fundamento efetivo do ordenamento jurídico nacional”, haja vista que na história brasileira nenhuma outra Constituição teve tamanha consideração popular como a presente, consideração esta que é alimentada principalmente aos jovens constitucionalistas que buscam compreender e assegurar os direitos fundamentais assegurados na carta magna.¹⁵

Diante disso, sob o ápice da lembrança ministrada por José Afonso da Silva, cabe aos estudantes, doutrinadores e jurisprudentes do Direito analisar atentamente os artigos da Nova Constituição Brasileira a fim de garantir que o texto em jus se materialize na legislação e sociedade presentes, englobando todos os cidadãos na busca da democracia, de modo igualitário, libertário e digno.

1.3. Hermenêutica constitucional dúbia: princípio da presunção de inocência ou princípio da não-culpabilidade?

Ao adentrar no tema do princípio da presunção de inocência, é perspicaz recordar que o referido se nutre pelo art. 5º, inciso LVII da Constituição Brasileira, que assim dispõe: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

¹² *Ibid.*, pp. 19-20.

¹³ *Ibid.*, p. 90.

¹⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁵ *Ibid.*, p. 27.

penal condenatória”. Tangendo o inciso em pauta, os doutrinadores identificaram uma “omissão proposital”¹⁶ por conta de não ser referido claramente no texto constitucional o princípio da presunção de inocência.

Tal interpretação recorre aos doutrinadores mundiais acerca de um entendimento plausível. Alfredo Rocco¹⁷, por sua vez, discorre que ao considerar o princípio da presunção de inocência em sua forma literal se está aceitando que durante todo o processo o réu seja considerado inocente, o que para o autor é uma desconformidade, à vista de que no processo não há inocente – tampouco culpado, mas a pessoa meramente acusada.

Para tanto, averigua-se que ao cogitar e analisar o processo como um todo na busca de uma definição de termos para as partes envolvidas, nas palavras do autor em destaque, pode-se cogitar na utilização do termo para o réu durante o processo como uma pessoa “indiciada”, sem afirmar sua inocência ou sua culpabilidade, sendo esta a corrente doutrinária responsável pela sustentação da utilização do princípio da não-culpabilidade.

Em síntese, há de se visualizar na questão o embate de que, de um lado se deve considerar o sujeito inocente até que se prove o contrário com a sentença penal condenatória (princípio da presunção de inocência), e de outro lado deve-se considerar o sujeito não culpado até que se prove o contrário (princípio da não-culpabilidade). Nesta segunda vereda, presume-se que o sujeito não é inocente e não é culpado, mas um “indiciado”, conforme Rocco salientou.

Entretanto, apesar da linha tênue entre as duas correntes doutrinárias, no Estado Brasileiro é considerada a corrente do princípio da presunção de inocência,¹⁸ e, ainda, se compreende que ambos os princípios possuem o mesmo significado, motivado por uma essência constituinte brasileira: a busca pela liberdade, explanada no art. 1º da Constituição Federal. Conforme pondera Gomes,¹⁹ no processo penal a liberdade individual vem em primeiro lugar, com cunho na inviolabilidade da liberdade. Contudo, apenas em casos excepcionais pode haver a privação ou restrição dessa liberdade.

A luta pela constituição de um novo Estado fora ministrada pelo povo ao decorrer das décadas, essencialmente em busca da liberdade e da dignidade, motivada diante de momentos críticos na história nos quais a população se situava à margem daqueles que detinham o poder injustamente. À evidência, é imperioso ressaltar a importância do princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade, a fim de evitar injustiças e propiciar a liberdade merecida aos cidadãos.

¹⁶ Luiz Flávio Gomes, Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência, Revista dos Tribunais, vol. 729/1996, Jul/1996, Doutrinas Essenciais Processo Penal, vol. 1, pp. 251–264, Jun/2012, p. 252.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibid.*, p. 253.

¹⁹ *Ibid.*, p. 263.

Contudo, parte da doutrina não realiza distinção entre princípio da presunção de inocência e princípio da não-culpabilidade. Entende-se que o mais adequado seria a adoção da terminologia “princípio da não-culpabilidade”, uma vez que a Constituição Federal não utiliza o termo “presunção de inocência” e aduz em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Portanto, embora inexista diferença na essência entre princípio da presunção de inocência e princípio da não-culpabilidade, digamos que para fins de terminologia o mais coerente com o texto constitucional e adotado pela doutrina mais moderna seria “princípio da não-culpabilidade”. Deixando de lado os formalismos terminológicos, o que deve ficar claro, entretanto, é que com o advento da Constituição Federal de 1988 o poder constituinte originário buscou tutelar a não-culpabilidade ou presunção de inocência do cidadão até que se esgotem as vias judiciais, evitando-se o cometimento de eventuais injustiças.

2. Liberdade vérsus o poder de punir: limites impostos ao Estado e ao cidadão

Foucault, em sua obra “Vigiar e Punir”, explica que se invocou o poder de punir como uma função geral da sociedade.²⁰ Intrinsecamente, o sistema penal é orientado por um “projeto, um modelo de sociedade pretendida”,²¹ constituída através da Constituição Federal, ou seja: os valores constitucionais que foram declarados devem ser respeitados, levando em consideração que estes se apontam como normas de elaboração do próprio Estado, e o Direito Penal faz parte deste arranjado; este “é o primeiro ponto a observar os limites de atuação estatal, as garantias do indivíduo e o modo pelo qual tais interesses podem ser manejados”.²²

O Direito Penal, nas palavras de Nucci, “é o corpo de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”.²³ Ou seja, é o instrumento constitucional constituído a fim de manter a “função geral da sociedade”, devendo propor medidas e limites a fim de suprir tal propósito; “em suma, o direito penal é uma proposta de paz. Seguindo-o, vive-se melhor. Não adotando suas regras, pune-se para obter o mesmo resultado”.²⁴

²⁰ Michael Foucault, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, [Tradução de Raquel Ramalhete], 42. ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2014, p. 224.

²¹ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, *Finalidades da pena*, Barueri, SP, Manole, 2004, p. 20.

²² *Ibid.*, p. 27.

²³ Guilherme de Souza Nucci, *Curso de execução penal*. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 59.

²⁴ *Idem*, p. 59.

Considerando que a liberdade é um direito inerente a todos os cidadãos, a pena de restrição de liberdade é o castigo “igualitário” para aqueles crimes que ofendem toda a sociedade, além da própria vítima do ato infracional.²⁵ O cerne da questão recai acerca do seguinte questionamento: se a liberdade é um direito fundamental dos cidadãos, qual o limite deste direito quando se tratar de punição? Ou melhor: por qual motivo existe a pena privativa de liberdade?

A suposta contradição entre liberdade e segurança é fenômeno que alcança as mais diversas discussões.²⁶ Apesar das diversas teorias acerca do objetivo do direito penal e da pena, há de se visualizar que o direito penal é o instrumento que controla a arbitrariedade dos que comandam o poder estatal.²⁷ De acordo com a assertiva de Gustavo,

O Direito Penal positivado não é um simples arrolar ordenado de sanções, mas um Direito de Liberdades. Garante ao cidadão o conhecimento de toda atitude sancionada pelo ordenamento de forma prévia – daí a importância da publicidade – para que se possa conhecer os limites de sua liberdade.²⁸

Visualizando o Direito Penal como um Direito de Liberdades e como uma função geral da sociedade, a pena denota o limite do cidadão em suas atitudes para manter o Estado em controle, visando assegurar as normas contidas na Constituição e devendo reconhecer estas sanções como um mal necessário,²⁹ tendo em vista que o Direito Penal é um meio de publicidade para os cidadãos saberem exatamente seus limites. Conforme dita a lembrança de Hans Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito, é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis –, com um ato de coação, isto é: com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto.³⁰

Destarte, nas palavras de Kelsen, a sanção imposta ao indivíduo através da coação deve se importar quando houver a resistência da parte, mas o autor perfaz que

²⁵ Michael Foucault, *op. cit.*, p. 224.

²⁶ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, *op. cit.*, p. 17.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ibid.*, p. 20.

²⁹ Felipe Machado Caldeira, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, p. 271. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf

³⁰ Hans Kelsen, Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado], 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

há atos de coação estatuídos pela ordem jurídica como sanções, vis ao Estado gozar destas sanções como um caráter preventivo para não haver condutas ilícitas, e o autor explica ainda que o Direito possui formas de coação que motivam os indivíduos a realizarem a conduta prescrita.³¹

O Direito é uma ordem coativa; não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica, mas no sentido de que estatui atos de coação – designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade, de bens econômicos e outros, como consequência dos pressupostos por ele estabelecidos.³²

Ao longo das décadas surgiram diversas escolas doutrinárias a fim de explicar o ideal objetivo da sanção. Com ênfase na Escola Positiva, considera-se a sanção como um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela,³³ devendo utilizar-se do feito da restrição de liberdade para defender o coletivo, com “a eliminação dos indivíduos inassimiláveis”,³⁴ que serão julgados e condenados quando os considerarem culpados até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; não obstante, para Nucci a pena é a “retribuição ao delito perpetrado”³⁵ ao criminoso.

Ambos, Direito Penal e Constitucional, sugerem a busca pela ordem da identidade do Estado (respeitando a hierarquia entre as normas). Nesta senda, “o constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é: técnica judiciária jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condição de não os poder violar”³⁶

À propósito, constata-se que a própria pena contida no Direito Penal se presuppõe como um limite aos indivíduos a fim de manter a ordem constitucional. Em resumo, o Direito Constitucional cria o Direito Penal e os próprios limites do Direito Penal, com o escopo de manter a função geral da sociedade, assegurando os direitos básicos dos cidadãos.

Por conseguinte, os agentes estatais que gozam deste poder que o Estado proporciona – como por exemplo o poder de coação mencionado por Kelsen – podem vir a cometer ilegalidades ou abuso de poder ao realizar uma prisão arbitrária. Nesse campo, surge o instrumento de habeas corpus contido na Constituição Federal de 1988, proporcionando o “direito de ir, de vir, de restar, de permanecer”,³⁷ com

³¹ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 24.

³² *Ibid.*, p. 25.

³³ Felipe Machado Caldeira, *op. cit.*, p. 271 Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf

³⁴ Antonio Moniz Sodré Aragão, *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977, p. 278.

³⁵ Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, p. 716.

³⁶ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, *op. cit.*, p. 27.

³⁷ Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 22ª edição, 2008, p. 201.

cunho no princípio da presunção de inocência quando o habeas corpus se remeter à autoridade pública.

Vale frisar: o habeas corpus, de forma geral, “cogita-se, na impetração, da ocorrência de constrangimento que impeça a locomoção, parta de autoridade pública ou particular”.³⁸

Consequentemente, o controle de constitucionalidade vem assegurar o princípio da supremacia formal da Constituição, de modo que os legitimados para a fiscalização das normas fiquem responsáveis a declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando a mesma não for compatível com a Lei Maior. Forçoso ressaltar a demasiada importância dos instrumentos consagrados a fim de manter a ordem do Estado por parte dos próprios agentes estatais e dos cidadãos.

3. O momento de aplicar a pena de punir: prisão com condenação em segunda instância consoante ao respeito do princípio da presunção de inocência

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal seguiu seu entendimento, definido pela própria corte, de permitir a possibilidade de prisão com condenação em segunda instância, mesmo que o condenado tenha recursos pendentes no Superior Tribunal de Justiça ou no STF.³⁹

O entendimento fixado teve como principais fundamentos: seguir o entendimento da corte em todos os anos de vigência constituinte; a análise de que outros países coadunam com o entendimento da corte brasileira e a efetividade do sistema penal na aplicação da pena, com o embaso de não deixar impune aquele que é culpado,⁴⁰ dentre outros argumentos.

Na decisão votaram a favor da prisão depois de condenação em segunda instância os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, enquanto que o relator Marco Aurélio Mello e os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello votaram contra; portanto, em 2018 os ministros seguiram seus respectivos entendimentos, com exceção da Ministra Rosa Weber.

Segundo o entendimento de Rosa Weber, “para haver nova mudança de jurisprudência não basta uma mudança na composição do tribunal ou que ministros mudem de opinião”.⁴¹ Portanto, a ministra alterou seu voto concordando com a

³⁸ *Ibid.*, pp. 203-204.

³⁹ Renan Ramalho, Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância, G1, Globo, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ G1, Rosa Weber diz que respeito a decisão colegiada fundamentou voto no julgamento de Lula, Globo, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/>

prisão em condenação em segunda instância para se evitar rupturas bruscas nas atualizações do direito.⁴²

Em 2018, portanto, com a decretação de prisão em segunda instância do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, impetrou-se o instrumento de habeas corpus para a soltura do mesmo. Diante de repercussão geral, o tribunal debateu acerca da constitucionalidade da pena privativa de liberdade com condenação em segunda instância.

Para os feitos, discutiu-se, principalmente, se o princípio da presunção de inocência poderia conceder livramento da pena, apenas com condenação em segunda instância. Por fim, o tribunal reconheceu o andamento no processo de prisão do ex-presidente, assumindo a constitucionalidade da prisão com condenação em segunda instância, “alegando que alguém, por ser presumido inocente, não possa ser submetido à privação de liberdade”.⁴³

No intuito de justificar tal decisão, propunham-se três caminhos: 1) Analisando historicamente, por qual motivo a decisão não enseja prejuízos a democracia, 2) Por que a pena privativa de liberdade é aceitavelmente exercida com condenação em segunda instância, e, por fim, 3) Prisão com condenação em segunda instância fere o princípio de presunção de inocência? Com o embasamento diante dos votos dos ministros, enseja-se, via de regra, a solução do problema (premissa que pode ser quebrada, considerando a inexistência de verdades absolutas).

3.1. Proteção ao réu e aspectos históricos

Submetendo-se aos tópicos anteriores, sabe-se que a pena é um mal necessário condicionado à restrição de liberdade para garantir o direito fundamental de todos e manter a paz dentro do território nacional, abrangendo todos os princípios e normas constitucionais. À evidência, convém pôr em relevo que nem sempre o direito foi garantido a todas as pessoas; a história é um papel fundamental para o sábio fazer escolhas fundamentadas para o avanço de uma sociedade em função de todos.

Anota o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto que o dito princípio da presunção de inocência foi consagrado com a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão de 1789, à vista do contexto histórico da época que perpetuava as prisões com o intuito de extrair a confissão por meio de tortura.⁴⁴ Ainda acerca de tal pressuposto, Moraes afirma que “é importante considerar que o princípio da presunção de inocência – ou de não culpabilidade – tem como raiz histórica a superação dos

rosa-weber-diz-que-respeito-a-decisao-colegiada-fundamentou-voto-no-julgamento-de-lula.shtml

⁴² *Idem*.

⁴³ Alexandre de Moraes, HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018, p. 37. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423>

⁴⁴ *Ibid.*, p. 39,

abusos do processo inquisitorial, no qual era o acusado quem deveria provar sua inocência”⁴⁵

A atual realidade do Brasil é completamente diferente daquela que se antecedeu em décadas passadas: todo acusado tem garantia de um processo justo, resguardado por todo um conjunto de normas constitucionais,⁴⁶ como, por exemplo,

... as cláusulas do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e a vedação da tortura – à qual a Constituição Federal reconheceu a qualidade de crime inafiançável (art. 5º, XLIII) – e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).⁴⁷

Destarte, o princípio da presunção de inocência “significa que não se exige que alguém prove que é inocente. O acusado, portanto, não pode ser obrigado a provar que é inocente, porque a inocência se presume”,⁴⁸ logo, “cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, em plenitude, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado e os fatos constitutivos da própria imputação penal pertinentes à autoria e à materialidade do delito”;⁴⁹ deste modo, o intimado presumido inocente resguarda todos os direitos a ele inerentes na posição de inocente. Em consequência,

... o princípio da presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações práticas, palavras, gestos, etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante ao banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar, etc.⁵⁰

Tal pressuposto deriva da proteção do indivíduo por parte do Estado face à história de se realizar prisões para objeto de manipulação e tortura. Pois bem, concretizado que são inerentes ao inocente os direitos destacados, ao culpado também são resguardados direitos, à vista que “a punição não significa transformar o ser humano em objeto. Logo, continua o condenado, ao cumprir sua pena, e o internado,

⁴⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 42.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁹ Celso de Mello, HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018, p. 19. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374952>

⁵⁰ Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 114.

cumprindo medida de segurança, com todos os direitos humanos fundamentais em pleno vigor”.⁵¹

Analisando minuciosamente os direitos resguardados ao inocente e ao culpado, chega-se ao entendimento de que ambos se pressupõem basicamente na não violação dos direitos que são inerentes ao ser humano, ou melhor, àqueles direitos fundamentais e humanos, pautados essencialmente na dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade, pois há dito, e vale o destaque, que todos os cidadãos resguardam os direitos fundamentais, e a premissa de condenação ou mera prisão cautelar não extingue sua condição de ser humano.

Destarte, à vista que o princípio da presunção de inocência nasceu sob um contexto histórico atormentador sobre os condenados, o princípio possui a essência de proteção aos desamparados, ou melhor: é o princípio que consoma o direito básico de liberdade conquistado em detrimento de muita injustiça, há dito a Min. Rosa Weber, “pois a Constituição do Brasil, ao proclamar o estado de inocência em favor das pessoas em geral, estabeleceu o requisito adicional do trânsito em julgado, circunstância essa que torna conseqüentemente mais intensa a proteção jurídica dispensada àqueles que sofrem persecução criminal”.⁵²

Sobre a ótica do Min. Teori Zavascki, “o que se tem é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa”.⁵³

Em suma, em face dos argumentos, a proibição da prisão em condenação em segunda instância pautada sob a ótica de uma “defesa estendida do réu” é refutada teoricamente.

3.2. Hermenêutica do enunciado constitucional

Possuindo em mente que a pena privativa de liberdade é vista como um mal necessário, é indispensável que em algum tempo ao decorrer do processo está pena se inicie. Mesmo “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado o direito de (sempre) recorrer em liberdade”.⁵⁴

A Convenção em jus direciona, em seu art. 7º, o direito à liberdade pessoal, assinalando, principalmente, o direito à liberdade e à segurança que detêm todos os cidadãos, “salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (1969); outrossim,

⁵¹ Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, p. 28.

⁵² Rosa Weber, HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018, p. 50. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374729>

⁵³ Alexandre de Moraes. *op. cit.*, p. 28.

⁵⁴ Celso de Mello, *op. cit.*, p. 17.

... não constitui demasia assinalar, de outro lado, que o conceito de presunção de inocência, notadamente quando examinado na perspectiva do ordenamento constitucional brasileiro, deve ser considerado nas múltiplas dimensões em que se projeta, valendo destacar, por expressivas, como registra PAULO S. P. CALEFFI, as seguintes abordagens que esse postulado constitucional enseja: (a) a presunção de inocência como norma de tratamento, (b) a presunção de inocência como norma probatória e (c) a presunção de inocência como norma de juízo.⁵⁵

Portanto, diante do texto constitucional e de acordo com a norma internacional supracitada, resta evidente que qualquer sentença que desconsidere a aplicação da presunção de inocência ou não-culpabilidade poderá ser considerada abusiva, uma vez que contraria não só a Constituição Federal, mas as normas internacionais ratificadas e recepcionadas em caráter supralegal.

Para o Min. Luiz Fux, a regra de tratamento alega precisamente que “a pessoa deve ser considerada inocente durante todo o decorrer do processo, até que haja o trânsito em julgado da condenação”,⁵⁶ e a regra probatória é incumbir-se “à acusação o ônus de produzir provas lícitas e cabais, suficientes para alterar a qualidade inicial de inocente para a de culpado”.⁵⁷ Consequentemente, uma das garantias que advém do consagrado princípio é “não ser obrigado a se recolher à prisão para interpor recursos”.⁵⁸ Para o Ministro esta consequência gera “efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional”.⁵⁹

Cumprir lembrar que a pena deve se iniciar pautada na função social da sociedade e posterior controle da sociedade, e ao se realizar a interpretação literal do artigo constitucional, que faz jus ao princípio da presunção de inocência, verifica-se por uma linha hermenêutica, portanto, que toda a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória terá sempre caráter cautelar.⁶⁰

Seguindo a esteira de que mesmo com a prisão do condenado – ao não concluir o trânsito em julgado da sentença condenatória –, o indivíduo irá começar a cumprir a pena sendo considerado inocente.

O fato de que a prisão prévia ao trânsito em julgado da sentença condenatória passou a ser reconhecida nos tribunais, para o Min. Celso de Mello tem precisamente o embaso da sua legitimidade fundado em requisitos cautelares (Habeas Corpus,

⁵⁵ Celso de Mello, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁵⁶ Luiz Fux, (Vogal), HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018, p. 46. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Luiz Fux, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Celso de Mello, *op. cit.*, p. 14.

2017); entretanto, tal posicionamento não condiz com a doutrina majoritária acerca do cerne da questão.

O Supremo Tribunal Federal há julgado, desde a promulgação da Constituição Federativa do Brasil de 1988, a “possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”.⁶¹

Tanto da promulgação da Constituição até a decisão proferida no HC 84.078, relatado pelo Ministro EROS GRAU, em 5 de fevereiro de 2009, como da decisão no HC 126.292, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, em 17/02/2016, aos dias de hoje. Somente no período compreendido entre 5 de fevereiro de 2009 e 17 de fevereiro de 2019, ou seja, durante sete anos, prevaleceu a tese contrária que exigia o trânsito em julgado.⁶²

Como principais motivações, ressalta-se que, apesar de o princípio da presunção de inocência impedir o lançamento do nome do acusado no rol de culpados, “não constitui obstáculo jurídico a que se efetive, desde logo, a prisão do condenado”. Nas palavras da Min. Néri de Silveira, “o sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível”.⁶³

Até 2007, o Código de Processo Penal brasileiro considerava como requisito para se apelar de uma sentença condenatória qualquer (meramente recorrível), o recolhimento do condenado à prisão ou pagamento de fiança, conforme dispunha o Art. 594 do Código de Processo Penal, que fora revogado em 2008, justamente por sua inconstitucionalidade.

Previa-se, portanto, que mesmo o réu tendo bons antecedentes, não colocando em risco a ordem social, a sociedade e mesmo inexistindo os requisitos para prisão cautelar, preventiva ou temporária, o mesmo deveria recolher-se preso para recorrer de uma sentença em que buscava exigir a revisão, ou seja, uma sentença meramente recorrível e sem qualquer outro requisito adicional decorrente de lei.

O recolhimento à prisão, portanto, era quase que um requisito de admissibilidade do recurso de apelação contra uma decisão condenatória – salvo àqueles que possuíam dinheiro para pagar fianças nos crimes em que se permite tal circunstância, obviamente.

Adentrando em uma interpretação sistemática da norma, a dita ‘imunidade à prisão’ é vista na carta magna expressamente, não ocorrendo forma de interpretações dúbias,⁶⁴ como é o caso do art. 53 §2º: “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável (...)” (1988); pautado a isto se verifica que, caso a intenção do legislador

⁶¹ Alexandre de Moraes, *op. cit.*, p. 3

⁶² *Idem.*

⁶³ Luiz Fux, *op. cit.*, p. 21

⁶⁴ *Ibid.*, p. 15.

fosse a proibição da condenação em segunda instância, se instituiria a proibição expressamente,⁶⁵ como, por exemplo, “enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da condenação não será iniciada a execução da pena”.⁶⁶

Ao analisar o texto constitucional em sua forma literal, deduz-se que:

O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes”.⁶⁷

Verifica-se, pois, que tal tratamento diferenciado aos considerados culpados se baseia, precisamente, na forma como serão tratados, e não na privação de liberdade propriamente dita, à guisa de que todos os cidadãos possuem direitos iguais, até mesmo aqueles que são condenados.

Em suma, há de se perceber perfeitamente no ordenamento jurídico brasileiro a consagração da “prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão resultante de decisão de pronúncia e prisão fundada em condenação penal recorrível”; por sua vez, todos esses meios de prisões não são impedidos pelo princípio de presunção de inocência,⁶⁸ fato este que é advogado pela tese de que a “presunção de não-culpabilidade, que decorre da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, é meramente relativa (*‘juris tantum’*)”.⁶⁹

Ora, na realidade “nenhum dispositivo da Constituição exige que a prisão do condenado antes do trânsito em julgado da condenação esteja fundamentada exclusivamente em requisitos cautelares”.⁷⁰ Portanto, consoante a todos os argumentos trazidos à baila, com a intenção de justificar a decisão dos tribunais acerca do cerne da questão, afirma-se que a prisão em segunda instância tem embaso da própria hermenêutica constitucional em consonância ao histórico inerente ao princípio da presunção de inocência.

3.3. Recursos protelatórios

Analisando o Direito Processual Penal de forma sintética, o trânsito em julgado necessita da cessação de todos os recursos cabíveis para sua celebração. Isto posto, a averiguação da interposição de recursos excessivos não tem sido admitida pelo

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Celso de Mello, *op. cit.*, p. 10. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374952>

⁶⁸ *Ibid.*, p. 16. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374952>

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Luiz Fux, *op. cit.*, p. 16.

Supremo Tribunal Federal, por ter entendido que tais recursos visam prolongar o processo penal, revestindo-se de um caráter abusivo e protelatório, e consequentemente prolongando o início da pena privativa de liberdade.

Nada impede afirmar – em uma situação hipotética – que se se começa a decretar, de fato, prisão somente após o esgotamento de todos os recursos, se permite e incentiva, “em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios, visando, não raro, a configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória.”⁷¹

O Min. Teori Zavascki, em um levantamento de dados, concluiu que “de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja: excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”.⁷²

Ao analisar o limite do princípio da presunção de inocência, há de se considerar a hermenêutica diferenciada de cada país vis à Convenção Americana de Direitos Humanos, que discorreu acerca, precisamente, deste ponto, no qual cada Estado possui o direito de escolher a hermenêutica que mais se encaixa em sua realidade. No Brasil, portanto, é lícito realizar prisão preventiva de liberdade com condenação em segunda instância, conforme decidiu a maioria do Supremo Tribunal Federal.

Conclusão

Face aos argumentos evidenciados, é incontestável que há uma dupla interpretação do princípio de presunção de inocência. Enquanto uns sustentam a ideia de que o princípio consagrado engloba elementos prisionais acerca da defesa do direito de locomoção e a liberdade, outros sustentam a ideia de que não se deve levar em consideração que o princípio impede a prisão em condenação em segunda instância.

O entendimento jurisprudencial, durante todos os anos de Constituição Federal, defende que a prisão deve se iniciar com a condenação em segunda instância, sob um elenco de argumentos distintos. Contudo, uma das teses de mais destaque é a interpretação do artigo constituinte que discorre acerca da presunção de inocência, ou seja: todas as teorias que visam a explicação de tal entendimento remetem-se à hermenêutica jurídica da norma.

A análise histórica é de grande valia para busca da compreensão da verdadeira intenção do legislador ao discorrer acerca do princípio e seus limites, pois, compreendendo a intenção da norma é mais fácil se visualizar seus possíveis graus de aplicação.

Sabe-se que a pena privativa de liberdade é condicionada ao Direito Penal e Processual Brasileiro, e nem mesmo o princípio da presunção de inocência, com todas as

⁷¹ *Ibid.*, p. 24.

⁷² *Ibid.*, p. 34.

suas contestações, impede que essa pena seja aplicada a alguém considerado culpado; porém, por outro lado, são assegurados ao condenado todos os direitos inerentes a ele em sua condição de ser humano, ressaltando a sua impossibilidade de liberdade.

Instituído sob uma sociedade traumatizada pelos eventos que se sucederam, o princípio possui uma essência de proteção aos condenados que deve ser levada em consideração para que todos os condenados, apesar de poderem ter sua liberdade retirada, continuem gozando de todos os seus outros direitos, como o da dignidade da pessoa humana. Foi mostrado ao longo do artigo que esses direitos integrados à dignidade do condenado são legalmente previstos na legislação brasileira, devendo ser respeitados, assim como todas as normas jurídicas.

Face aos recursos instituídos no Brasil, alega-se ser argumento a favor da condenação em segunda instância, devido a estes recursos prolongarem desnecessariamente o processo, à vista que a porcentagem dos que são admitidos é mínima.

Por fim, o voto do Ministro Luiz Fux, que explicou de maneira concisa que a hermenêutica do artigo constitucional pode ser interpretada de diversas maneiras, se abraça com o entendimento firmado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, que defende a livre interpretação da amplitude do princípio de presunção de inocência para as nações.

Referências

- ALBUQUERQUE, Roberto, A Revolução Francesa e o princípio da responsabilidade, R. Inf. Legisl., Brasília, 26, n.104, out/dez, 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181980/000447971.pdf?sequence=1>.
- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré, As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo), 8ª. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018.
- CALDEIRA, Felipe Machado, A evolução histórica, filosófica e teórica da pena, Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf.
- COGGIOLA, Osvaldo, Novamente, a Revolução Francesa, Projeto História, São Paulo, n. 47, 2013.
- DELMANTO JUNIOR, Roberto, As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- FUX, Luiz (Vogal). HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374738>.
- FRANÇA, “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, 1789.
- FOUCAULT, Michael, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, [Tradução de Raquel Rammalheite], 42ª. ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2014.

- G1, Rosa Weber diz que respeito a decisão colegiada fundamentou voto no julgamento de Lula. Globo, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/rosa-weber-diz-que-respeito-a-decisao-colegiada-fundamentou-voto-no-julgamento-de-lula.ghtml>.
- GOMES, Luiz Flávio, Sobre o conteúdo processual tridimensional do princípio da presunção de inocência, *Revista dos Tribunais*, Vol. 729/1996, Jul/1996, *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 1, pp. 251–264, Jun/2012.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz, *Finalidades da pena*, Barueri, SP, Manole, 2004.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito* [Tradução de João Baptista Machado], 6ª. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- LIMA, João Alberto de Oliveira, A gênese do texto da Constituição de 1988, LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice Passos; NICOLA, João Rafael, Brasília, Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.
- MALUF, Sahid, *Teoria geral do estado*, 23ª. ed. rev. e atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto, São Paulo, Saraiva, 1995.
- MELLO, Celso de. HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Rel. Min Edson Fachin. Plenário. 04 de mai. 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374952>.
- MORAES, Alexandre de, HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374423>.
- NUCCI, Guilherme de Souza, *Curso de execução penal*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018.
- RAMALHO, Renan, Supremo mantém possibilidade de prisão a condenados em 2ª instância, G1, Globo, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/supremo-mantem-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.html>.
- SAN JOSÉ COSTA RICA, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 1969.
- SILVA, Cristiane Vieira, Presunção de inocência x prisão cautelar: análise de uma possível colisão entre o princípio constitucional da presunção de inocência e o instituto processual da prisão cautelar à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Penal Brasileiro, Centro Universitário de Brasília – Uni. CEUB, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, 2012.
- SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2013.
- TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, 22ª. edição, São Paulo, Malheiros, 2008.
- WEBER, Rosa, HC 152.752/PR, Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva, Rel. Min Edson Fachin, Plenário, 04 de maio, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374729>.

II. Interacciones entre el derecho constitucional alemán y latinoamericano

- Juan Carlos Esguerra Portocarrero (Colombia)
La dignidad humana en la Constitución
- Carlos Bernal (Colombia)
Nicolás Esguerra Miranda (Colombia)
La influencia de E.-W. Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia
- Danny José Cevallos C. (Ecuador)
El Estado constitucional de derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn.
Observaciones desde la teoría del derecho
- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)
Influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sobre la Constitución ecuatoriana de 2008
- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)
La interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional. ¿Modelo o advertencia para América Latina?
- Carlos María Pelayo Möller (México)
Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán de la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina: la idea de renovación constitucional, la dignidad humana y los efectos horizontales de los derechos
- Jesús María Casal (Venezuela)
Los escenarios de fundación constitucional y la génesis de la Ley Fundamental de 1949

Juan Carlos Esguerra Portocarrero* (Colombia)

La dignidad humana en la Constitución

RESUMEN

El concepto de dignidad humana, que reconoce y exalta el valor sagrado de toda persona, se ha extendido a mundos que por mucho tiempo parecieron serle ajenos. Primero, la literatura y la teología; luego, la filosofía y la política; recientemente, el derecho. En este último, aunque siempre estuvo presente implícitamente como presupuesto básico de las luchas por los derechos del hombre, solo a partir de la Ley Fundamental Alemana de 1949 se consagró expresamente como principio inviolable. Ese ejemplo ha influido en otras cartas políticas, como la colombiana de 1991, que lo han erigido en principio de principios y han hecho de él su piedra angular.

Palabras clave: dignidad humana, constitución, Ley Fundamental Alemana.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Konzept der Menschenwürde, das den heiligen Wert jeder Person anerkennt und betont, ist in Gebiete vorgedrungen, die ihm lange fern zu liegen schienen: zunächst die Literatur, anschließend Philosophie und Politik, und zuletzt das Recht. Dort war es zwar schon immer als Grundannahme des Einsatzes für die Menschenrechte implizit präsent, aber es wurde erst mit dem deutschen Grundgesetz von 1949 ausdrücklich als unveräußerlicher Grundsatz verankert. Andere Verfassungen wie die kolumbianische von 1991 sind diesem Beispiel gefolgt und haben die Menschenwürde als oberstes Prinzip zu ihrem Kernelement gemacht.

* Abogado de la Universidad Javeriana y magíster en Derecho de la Universidad de Cornell. Ha ejercido principalmente en derecho constitucional, administrativo y arbitraje. Fue delegatario a la Asamblea Nacional Constituyente, ministro de Defensa, embajador de Colombia en EE. UU. y ministro de Justicia y del Derecho. Fue decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana y ha sido profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en esa Universidad y en las universidades Externado de Colombia, del Rosario y de los Andes. Es miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y fue juez *ad hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y varias veces conjuer del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. jcesguerra@esguerra.com

Schlagwörter: Menschenwürde, Verfassung, Grundgesetz.

ABSTRACT

The concept of human dignity, which recognizes and exalts the sacred value of every person, has been extended to worlds that for a long time appeared to be alien to it. First, literature and theology; then philosophy and politics; recently, the law. Although it has always been implicitly present in the law as a basic premise of the struggles for the rights of man, it was only in the German Basic Law of 1949 that it was enshrined as an inviolable principle. That example has influenced other political constitutions, such as the Colombian Constitution of 1991, which have erected it as a principle of principles and have made it their cornerstone.

Key words: Human dignity, constitution, German Basic Law.

1. La dignidad humana como principio

La dignidad es parte fundamental de la condición humana. Así de simple y categórico. Ella exalta esa condición, al tiempo que resalta unos caracteres particularísimos que son exclusivos del hombre y la mujer, y que les dan una valía superlativa en cuanto exceden con mucho la escueta definición antropológica de ‘animal racional’. Son, por lo demás, caracteres que distinguen y adornan a la totalidad y a cada uno de los individuos de la especie. Entre ellos se destacan la conciencia, la autonomía, el libre albedrío, las pasiones, los sueños, la sociabilidad, todos ellos innatos.

Esos atributos son la causa y la explicación de lo mucho que significa la persona humana y de la suma de sus méritos. Tienen la característica común de que hacen absolutamente iguales y, a la vez, absolutamente desiguales a los individuos de la especie. Es una doble característica que, aun pareciendo contradictoria, es connatural al hombre, y significa que, del mismo modo como todos lo son plenamente, cada uno es al mismo tiempo distinto, único e irrepetible.

El novelista ruso Vasili Grossman trató magistralmente esta dualidad cuando decía, por una parte, en tono encendido:

[Chéjov] habló como nadie antes, ni siquiera Tolstoi, había hablado: todos nosotros, antes que nada, somos hombres, ¿comprende? Hombres, hombres, hombres. Habló en Rusia como nadie lo había hecho antes. Dijo que lo principal era que los hombres son hombres, sólo después son obispos, rusos, tenderos, tártaros, obreros. ¿Lo comprende? Los hombres no son buenos o malos según si son obreros u obispos, tártaros o ucranianos. Los hombres son iguales en tanto que hombres.¹

¹ Vasili Grossman, *Vida y destino*, Barcelona, Editorial Galaxia Gutenberg - Círculo de Lectores, 2007, p. 356.

Y, por otra parte, expresó:

Las agrupaciones humanas tienen un propósito principal: conquistar el derecho que todo el mundo tiene a ser diferente, a ser especial, a sentir, pensar y vivir cada uno a su manera. [...] Es en el hombre, en su modesta singularidad, en el derecho a esa particularidad, donde reside el único, verdadero y eterno significado de la lucha por la vida.²

Así pues, la dignidad de la persona está en el todo de su ser, en sus anotados atributos y en ese doble carácter de igual a sus semejantes y de único entre ellos. Es un valor que exalta ese mérito especial de la condición humana, que reivindica la consideración y el respeto a los que por consiguiente es acreedora, que justifica y legitima cada uno y la totalidad de los derechos que le son propios, y que, por eso mismo, repudia cualquier menoscabo de su integridad. Es que, como alguna vez se dijo con sobrada razón: no solo estamos hablando de una persona que existe, sino que sabe que existe. Lo cual conduce a que no sea posible definir al hombre al margen de la dignidad humana y, por consiguiente, hace de esa dignidad, en últimas, un ineludible imperativo ético.

La dignidad humana tiene múltiples ámbitos, pero, por algún curioso designio de la historia, no en todos se hizo manifiesta simultáneamente. Ni siquiera coetáneamente. Los hubo, incluso, en los que, por oposición a otros, pasaron varios siglos antes de que comenzara a hablarse de ella.

El primer ámbito fue el de la literatura clásica, donde, hace dos mil quinientos años, Sófocles hizo clamar a Antígona –el personaje central de esa tragedia griega–, por el derecho del cadáver de su hermano a no ser dejado insepulto, arguyendo que él había formado parte de la comunidad humana, y con base en la idea sagrada de que el hombre es “maravilloso”³ (en el sentido de sobrenatural), según lo proclaman “las leyes no escritas, inquebrantables, de los dioses, [que] no datan de hoy ni de ayer, sino de siempre”.⁴ La idea era que esa dignidad del hombre estaba asimismo en cada parte de su ser y hasta en su cuerpo muerto.

Luego, la hizo suya la religión cristiana, que se refirió a la dignidad del hombre para realzar su figura y subrayar su lugar preponderante en el mundo, a base de reivindicar, por un lado, su naturaleza racional y la unión que él es de cuerpo con alma, y, por otro, el dogma teológico de fe que postula su condición de haber sido hecho a imagen y semejanza de Dios y dotado de una “gracia” sobrenatural.⁵

² *Ibid.*, p. 281.

³ “Hay muchas maravillas en este mundo, pero ninguna mayor que el hombre” (Sófocles, *Antígona*, versos 332 y 333).

⁴ *Ibid.*, versos 454 a 456.

⁵ Véase San Agustín, *La ciudad de Dios* (especialmente el capítulo XXIV del Libro Duodécimo) y Santo Tomás de Aquino, *Suma de teología* (especialmente el Tratado del hombre, Cuestiones 75 a 102).

A medio camino entre la pura teología y la pura filosofía se irguió la obra del célebre pensador del Renacimiento Pico della Mirandola, quien le dedicó al tema el capítulo introductorio, y el más conocido –precisamente denominado *De dignitate hominis*– de su obra *Conclusiones Philosophicae, cabalisticæ et theologicae*, escrita en 1486.⁶ Según él, la dignidad del hombre está, sí, en su naturaleza privilegiada, pero, ante todo, en haber sido dotado de la facultad de elegir libremente su destino.⁷

Luego, vino la filosofía, y, en ella, principalmente Kant, quien, dejando a un lado los argumentos de orden teológico, construyó su concepción de la dignidad humana a partir de la sola racionalidad del hombre. A su juicio, esa cualidad lo pone por encima de todo lo creado y hace de él un *fin* en sí mismo. Es decir, le da a su ser un valor tal, que impide que se lo pueda tener por instrumento de otro o al servicio de otro, o considerarlo subordinado ontológicamente a algo o a alguien, o ponerle precio para utilizarlo como medio de un fin ajeno cualquiera.⁸ El hombre es, pues, su propio fin. En ello radica su dignidad, que no es otra cosa que ese valor superlativo que tienen los seres humanos –todos en igual forma y sin excepción– por el solo hecho de serlo.

Del mismo modo y por las mismas razones, en esa materia el hombre no es solo acreedor sino también deudor: “Está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre”.⁹

Más tarde fue la política; o mejor, la filosofía política. En un comienzo, cuando las revoluciones liberales encendieron la llama de los derechos del hombre, la idea de la dignidad humana apenas si fue poco más que un concepto vago, y en todo caso impreciso, atado a esos derechos. Su reconocimiento como axioma fundamental y autónomo de la filosofía política, del que esos mismos derechos son hoy una natural derivación, solo vino a consolidarse luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial y de que se supo a ciencia cierta de todos sus horrores. Las más elocuentes manifestaciones de ese conocimiento y de la toma de conciencia que generó se consignaron, en idénticos términos, en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas adoptada en 1945,¹⁰ en el de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948¹¹ y en el texto de la Declaración Universal de los Derechos del

⁶ Conocida también como *Las 900 tesis*.

⁷ “En el centro del mundo te he colocado, [...] [le dijo Dios a Adán] con el propósito de que tú mismo, como juez y supremo artífice de ti mismo, te dices la forma y te plasmas en la obra que eligieras” (Pico della Mirandola, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Buenos Aires, Longseller, 2003, pp. 32 y 33).

⁸ En palabras del propio Kant, “que está situado por encima de todo precio” (Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 298).

⁹ *Ibid.*, p. 336.

¹⁰ “Nosotros, los Pueblos de las Naciones Unidas, resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

¹¹ “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Hombre de ese mismo año. El artículo 1º de esta última afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En contraste, hasta hace muy poco la dignidad humana estuvo ausente del mundo del derecho.¹² Porque, aunque en el trasfondo de esos otros: el literario, el teológico, el filosófico y el político, ha sido usual la referencia a unas normas que afirman categóricamente una dignidad que subyace en el hombre, lo cierto es que apenas en el siglo XX vino a entrar formalmente en aquel.

Pero, así como llegó con marcado retraso, lo hizo con fuerza, sobre todo a partir de las constituciones posteriores a la Primera Guerra Mundial,¹³ que, una tras otra, fueron inscribiendo la dignidad humana en el derecho positivo. Y no simplemente como un término de referencia para efectos de interpretación, “sino como precepto de derecho directamente vigente y aun como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico”.¹⁴ Pasada la Segunda Guerra Mundial, esa entronización de la dignidad humana como regla de derecho directamente aplicable y de rango constitucional se fue haciendo más usual, si bien no siempre con el mismo énfasis.

El ejemplo más destacado es el de la Constitución alemana de 1949, que la consagró como pilar fundamental en los siguientes términos: “La dignidad del hombre es inviolable.”¹⁵ Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público” (art. 1º). La primera versión que se propuso decía, más categóricamente aún, que “la dignidad humana está fundada sobre derechos eternos de los que toda persona ha sido dotada por la naturaleza”. En el curso de los debates, los demócratacristianos procuraron incluso que se dijera que la fuente de esos derechos eternos es Dios, pero tanto los socialdemócratas como los demócratas independientes se opusieron. Finalmente, y a pesar de la negativa de los positivistas de línea dura, se acogió la interpretación de que calificarla de inviolable significa reconocer que la dignidad humana está en

¹² No así la persona humana, que siempre fue un concepto jurídico de primerísimo orden. Lo que ocurre es que esa persona, que desde el primer día fue protagonista principal del derecho, lo fue en cierta forma impersonalmente, valga la paradoja, en la sola abstracta y un tanto fría condición de sujeto titular de derechos, al margen por completo de la enorme riqueza intrínseca de su individualidad; del *uno*, del *cada uno*; y en la no menor de la totalidad, del *todos*. En ese sentido, fue, otra paradoja, más objeto que sujeto, más cosa que persona. Porque lo verdaderamente esencial de la condición humana, el carácter maravillosamente único y superlativo de cada persona, aquello que la hace merecedora de ser en todo trance lo primero y principal, permaneció en la sombra.

¹³ Primero fue Finlandia, en julio de 1919, y poco después la República de Weimar (Alemania) en agosto del mismo año. La primera latinoamericana en hacerlo fue la Constitución del Ecuador de 1929.

¹⁴ Leopoldo Uprimny, “La dignidad de la persona humana en el derecho público contemporáneo”, discurso de posesión como miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (*Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. XXVII, Segunda parte, 1960).

¹⁵ El término alemán es *unantastbar*, que en español significa, a la vez, inviolable, intangible y sagrado.

el orden natural eterno de las cosas,¹⁶ y es por tanto anterior al Estado.¹⁷ Para esos positivistas se trata, en cambio, de una afirmación sentada por el hombre como premisa básica del ordenamiento jurídico, lo cual no la hace menos importante. En fin, un viejo debate universal.

En todo caso, no fue solo instituir la dignidad humana como rotundo principio constitucional. Fue también, de modo por demás dicente, instituir la en el artículo primero y declarar, a renglón seguido, que, con base en ella, “el pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. En otras palabras, instituir la como principio de principios.

El propósito se ha cumplido. Su formulación jurídica en esos términos le ha dado a la dignidad humana un valor absoluto. Y ha significado que, por regla general, a la hora de su aplicación se considere inadmisibles cualquier forma de relativización. Incluidas las llamadas *ponderaciones*, hoy por cierto usuales en otros temas constitucionales, que se dan cuando se presenta un caso en el que resultan en oposición dos postulados de la carta política.

Con todo, el reconocido constitucionalista alemán Matthias Herdegen ha destacado con preocupación que “en la doctrina alemana hay voces de peso que rompen con la validez absoluta de la garantía de la dignidad humana en favor de una ponderación relativizante”. Y aun cuando subraya que esa idea solo se ha planteado “en [los] casos muy especiales y limitados [...] de aquellas situaciones en las que compiten diferentes demandas de respeto a la dignidad o en las que se presentan conflictos entre la dignidad y el derecho a la vida”, concluye que ni siquiera en esos casos, a pesar de su “muchísima legitimidad”, son admisibles las ponderaciones. Y remata diciendo:

La garantía de la dignidad del individuo no admite en un caso particular la realización de ponderaciones con otros intereses constitucionales: El debido respeto a la persona, como reclamo de su dignidad en una situación concreta, se impone sin condicionamiento alguno. La justificación de un ataque a la dignidad, con el fin de proteger otros valores, resulta irreconciliable con el principio de inviolabilidad de la dignidad y con la idea del ser humano como persona.¹⁸

¹⁶ Corresponde a la doctrina no confesional que ha venido prevaleciendo a partir de Darwin.

¹⁷ Sobre el particular resulta muy interesante la breve relación que hacen Donald P. Kommers y Russell A. Miller de las distintas visiones conceptuales que se plantearon y discutieron con ocasión de los debates preparatorios de la Constitución alemana de 1949 (*The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3ª. ed., Durham, London, Duke University Press, 2012, p. 357).

¹⁸ Matthias Herdegen, “La garantía de la dignidad humana: absoluta y a la vez diferenciada”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 351, 2012, p. 190.

No es muy distinta, pero sí menos enfática en su formulación, la Constitución española de 1978, cuyo artículo 10.1 dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Al decir de Fernando Garrido Falla, este es uno de tres casos¹⁹ –junto con los artículos 1.1 y 9.3– en los que la carta política hace de un principio general de derecho una norma positiva. Agrega Garrido que dos de ellos (este y el del artículo 1.1) se refieren a valores anteriores a la Constitución, “que esta no otorga, sino que reconoce, porque derivan de la concepción misma de la persona humana que compartían, por lo que se ve, los redactores constitucionales”.²⁰

Y así, lo cierto es que hoy la dignidad del hombre es piedra angular del derecho político universal, y principio básico explícito de un número cada día mayor de constituciones, entre ellas la colombiana, a la que llegó en 1991.

2. El principio de la dignidad humana en la Constitución de 1991

En efecto, varios –y a cual más elocuente– de los proyectos que entonces se presentaron a la consideración de la asamblea constituyente hacían referencia a la dignidad humana. El del Gobierno nacional la planteaba como un derecho, que calificaba de “inviolable” y con el que encabezaba la “Carta de derechos y deberes”. Para resaltarla aún más, prescribía, acto seguido, que “todas las autoridades deben garantizarla y los particulares respetarla” y que la ley determinaría la forma como estos habrían de contribuir directamente a su efectividad.²¹

El proyecto del líder cristiano Jaime Ortiz Hurtado proponía que la dignidad humana se afirmara en el preámbulo de la carta política, como causa y como fin a la vez, en los siguientes términos: “En nombre de Dios, fundamento de la dignidad humana, y fuente suprema de la autoridad para justicia y bienestar para los hombres y de los pueblos, con el fin de: [...] consolidar un Estado social de derecho que asegure el imperio de la ley y la dignidad integral del hombre, sin discriminación alguna”.²²

¹⁹ Los otros son, a juicio del mismo autor, el precepto que propugna la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (1.1) como “valores superiores” del orden jurídico español, y el que señala que la Constitución garantiza los “principios” de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (9.3).

²⁰ Fernando Garrido *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, 2ª. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 186.

²¹ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, núm. 5, 15 de febrero de 1991, p. 2.

²² *Ibid.*, núm. 9, 19 de febrero de 1991, p. 21.

Incluso, proyectos de origen tan distinto como el del Movimiento Indígena Quintín Lame²³ también planteaban la afirmación expresa de la dignidad del hombre como principio constitucional,²⁴ pues “pensamos [...] que los *derechos humanos*, fundados en la idea de la dignidad intrínseca de la persona humana, constituyen el fundamento de las *autoridades*”.²⁵

Con todo, no hay duda de que quien más tesoneramente propugnó la que consideraba indispensable inclusión de la dignidad humana en la Constitución de 1991 fue el delegatario Alberto Zalamea Costa. Inicialmente, la planteó como parte de un artículo 1º que diría: “La Nación colombiana es una República unitaria, democrática y participativa, basada en el respeto de la dignidad humana, el trabajo común de todas las familias e individuos que la forman”.²⁶ Luego, cuando tuvo a su cargo la redacción de la ponencia del preámbulo, la incluyó en los siguientes términos: “El Pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por los delegatarios de la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios, fundamento de la dignidad humana y fuente de vida y autoridad para el bien común”.²⁷ Finalmente, de la mano del propio Zalamea como vocero de ponentes ante la plenaria, la dignidad humana se insertó de nuevo en el articulado, comenzando los principios. La idea era imprimirle así una rotunda fuerza normativa.²⁸

En la exposición de motivos había destacado:

Lo que realmente se escucha en todas partes y se escuchó en las Mesas de Trabajo y se escuchó en las Comisiones, es la necesidad de que el respeto a la dignidad humana se establezca como el fundamento esencial de la nacionalidad colombiana. [...] Al respetar la dignidad humana estamos respetando todos los derechos de la persona; estamos otorgándole una preeminencia a ciertos derechos esenciales y fundamentales como la seguridad, la justicia y la libertad, que allí invocamos.²⁹

²³ Una organización guerrillera indígena recién desmovilizada, que durante poco más de una década había operado en el suroccidente del país bajo el nombre de Movimiento Armado Quintín Lame.

²⁴ “La dignidad de la persona humana es inviolable” (Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, núm. 60, 26 de abril de 1991, p. 7).

²⁵ *Ibid.*, p. 10.

²⁶ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, núm. 21, 15 de marzo de 1991, p. 7.

²⁷ *Ibid.*, núm. 36, 4 de abril de 1991, p. 27.

²⁸ Para entonces, la jurisprudencia no se había pronunciado aún en el sentido de decir que el preámbulo y el articulado tienen el mismo valor normativo. Imperaba el criterio expuesto en la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 19 de mayo de 1988 (expediente 1780), en el sentido de que el preámbulo de la Constitución no es una norma jurídica, sino apenas la expresión de unos principios y valores con fines de interpretación, que prevaleció hasta cuando la Corte Constitucional se pronunció en contrario, en la Sentencia C-479 de 1992.

²⁹ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*, núm. 84, 28 de mayo de 1991, p. 22.

De este modo, la asamblea –sin una sola voz en contra– estableció expresa y terminantemente en el artículo 1º de la carta que una de las bases fundacionales del Estado colombiano es “el respeto de la dignidad humana”. No es un mero “saludo a la bandera”. Es la declaración de un solemne compromiso con esa dignidad como el primer fundamento de los derechos humanos y de la legitimidad del poder político.

Y es un compromiso al que el propio constituyente le dio, luego, inequívoca forma de norma jurídica en la carta de derechos.³⁰ En unos casos tan explícitamente, como en el artículo 25 que consagra el derecho de toda persona “a un trabajo en condiciones dignas y justas”; en el 42 que estatuye que “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”, y en el 51 que dispone que “todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna”. En otros implícitamente, como en el que declara “inviolable” el derecho a la vida y prohíbe la pena de muerte,³¹ en el que prohíbe la desaparición forzada, las torturas y los tratos inhumanos,³² en el que consagra la libertad y la igualdad de todas las personas ante la ley,³³ en el relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad,³⁴ y en el que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos,³⁵ para solo mencionar los más a propósito.

Ahora bien, esta extensión del universo de la dignidad humana al mundo del derecho no solo ha sido notable por la cantidad de los ordenamientos jurídicos que la han ido “nacionalizando”, sino, además, por la enorme relevancia del papel que en todos ellos juega. Unas veces, como el valor fundante de derechos y deberes de primer orden; otras, como una perentoria y expresa afirmación ética liminar. Incluso hay casos en los que se la declara principio cardinal de constituciones que ni siquiera la mencionan. Tal, por ejemplo, el muy dicente de la norteamericana, de la que concedores tan connotados como el magistrado William Brennan y el tratadista Ronald Dworkin han coincidido en señalar “que el valor fundamental que afirma la Constitución, y en especial la Carta de Derechos [es] el valor de la dignidad humana”.³⁶

En marcado contraste, hace poco, la filósofa Ruth Macklin tachó la dignidad humana de ser un concepto inútil, que “no quiere decir más que respeto por las personas o su autonomía”.³⁷ Para refutarla basta una palabra: ¡precisamente! Por

³⁰ Constitución Política de Colombia, Título II, De los derechos, las garantías y los deberes, artículos 11 a 95.

³¹ *Ibid.*, artículo 11.

³² *Ibid.*, artículo 12.

³³ *Ibid.*, artículo 13.

³⁴ *Ibid.*, artículo 16.

³⁵ *Ibid.*, artículo 17.

³⁶ Michael Meyer, citando sendas entrevistas hechas para el programa *In search of the Constitution* (“Introducción”, en Michael Meyer y William A. Parent (eds.), *The Constitution of Rights*, Ithaca, London, Cornell University Press, 1992, p. 1). (Traducción propia).

³⁷ En el encabezado del editorial del *British Medical Journal* del año 2002, citado por Michael Rosen (*Dignity – Its History and Meaning*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2012, p. 5). (Traducción propia).

la sencilla razón de que ese respeto no es ni mucho menos gratuito. Tampoco una expresión de natural filantropía colectiva. Su causa es la dignidad humana. Ella es su *razón suficiente*. Porque es precisamente por el sumo valor que ella tiene, que ese respeto –que también es tolerancia– es su consecuencia obligada e indefectible, y conlleva todo lo que conlleva. La conclusión no puede ser entonces la desestimación de la dignidad humana, sino la contraria: su exaltación.

De esa exaltación es muestra elocuente esa suma de constituciones que coinciden en consagrarla como principio fundamental, bien afirmándola explícitamente en tal carácter,³⁸ bien relevándola mediante su concreción por conducto de la carta de derechos o como derecho autónomo, o en varias condiciones a la vez.

A este último modo de entendimiento corresponden el sentido y el alcance que la Corte Constitucional le ha ido dando a lo que la carta colombiana dispone en punto a la dignidad humana, que ha perfilado así:

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa.

[...]

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por lo tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

[...]

ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”.³⁹

³⁸ Además de las mencionadas, y entre otras, las de Panamá, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Brasil, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Bolivia.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002.

Conclusiones

En fin, tras este recorrido por la geografía constitucional, bien cabe concluir que hoy, en el reino del derecho y en particular en el de sus normas supremas, la dignidad se ha ido extendiendo como principio de principios. A tal punto que, en no pocos casos –y entre ellos marcadamente el de Colombia–, se ha erigido en rasgo característico de un nuevo modelo conceptual de constitución política cuyo eje no es ya solo *el poder político*⁴⁰ sino, antes que él, en primer lugar y en la base de su justificación y de su legitimidad, *el ser humano*.

Bien podría afirmarse que una nueva constitución –de cualquier país– que no incluya cuando menos una referencia mayor a la dignidad humana, propugnando, sin distinciones ni discriminaciones, el respeto a cada una de las personas que gobierna, a lo que es, cree, piensa, dice y hace, sería, por así decirlo, una constitución ... inconstitucional.

Bibliografía

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Gaceta Constitucional*, núm. 5, 15 de febrero de 1991.

_____, núm. 9, 19 de febrero de 1991.

_____, núm. 21, 15 de marzo de 1991.

_____, núm. 36, 4 de abril de 1991.

_____, núm. 60, 26 de abril de 1991.

_____, núm. 84, 28 de mayo de 1991.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-881 de 2002.

DELLA MIRANDOLA, Pico, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Buenos Aires, Longseller, 2003.

GARRIDO, FERNANDO, *Comentarios a la Constitución*, 2ª. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1985.

GROSSMAN, Vasili, *Vida y destino*, Barcelona, Editorial Galaxia Gutenberg - Círculo de Lectores, 2007.

HERDEGEN, Matthias, “La garantía de la dignidad humana: absoluta y a la vez diferenciada”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 351, 2012.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, 4ª. ed., Madrid, Tecnos, 2012.

KOMMERS, Donald P. y Russell A. MILLER, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3ª. ed., Durham, London, Duke University Press, 2012.

MEYER, Michael, “Introducción”, en Michael MEYER y William A. PARENT (eds.), *The Constitution of Rights*, Ithaca, London, Cornell University Press, 1992.

⁴⁰ Su idea, su afirmación, su definición, su estructuración, sus limitaciones y su control.

ROSEN, Michael, *Dignity – Its History and Meaning*, Cambridge, London, Harvard University Press, 2012.

UPRIMNY, Leopoldo, “La dignidad de la persona humana en el derecho público contemporáneo”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. XXVII, 1960.

Carlos Bernal* (Colombia)
Nicolás Esguerra Miranda** (Colombia)

La influencia de E.-W. Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia***

RESUMEN

Este texto ofrece un análisis crítico de la influencia de la obra de Ernst-Wolfgang Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. El aspecto principal estriba en la propuesta de las diversas teorías materiales de los derechos fundamentales, a saber, la liberal, la democrática y la del Estado social.

Palabras clave: Böckenförde, Corte Constitucional, derechos fundamentales, libertades, derechos sociales, derechos políticos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt eine kritische Analyse des Einflusses des Werkes von Ernst-Wolfgang Böckenförde auf die Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs vor. Ihr wichtigster Aspekt ist die Vorstellung der unterschiedlichen materiellen Grundrechtstheorien, nämlich der liberalen, der demokratischen und der sozialstaatlichen.

Schlagwörter: Böckenförde, Grundrechte, Freiheiten, soziale Rechte, politische Rechte.

* Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.
carloslb@corteconstitucional.gov.co

** Abogado sustanciador de la Corte Constitucional de Colombia.
jcesguerra@esguerra.com

*** Artículo elaborado para las jornadas sobre “La influencia global de E.-W. Böckenförde”, celebradas en la Universidad de Gotinga en febrero de 2019. Expresamos nuestro agradecimiento a Tine Stein, Mirjam Künkler y Ruth Zimmerling por sus valiosos comentarios.

ABSTRACT:

This text offers a critical analysis of the influence of the work of Ernst-Wolfgang Böckenförde on the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia. The main aspect lies in the proposal of the different material theories of fundamental rights, namely, liberal, democracy and Social State theories.

Key words: Böckenförde, Constitutional Court, fundamental rights, liberties, social rights, political rights.

Introducción

Ernst-Wolfgang Böckenförde es uno de los constitucionalistas alemanes más eminentes del siglo XX. Sin embargo, su influencia directa en el derecho constitucional y en la teoría del Estado en Colombia y, en general, en América Latina ha sido tenue, en especial, si se lo compara con otros doctrinantes de habla alemana, como Robert Alexy, Hans Kelsen, Carl Schmitt o Georg Jellinek. Ello puede obedecer, en parte, a que tan solo dos de sus textos han sido traducidos al español, y han sido publicados por editoriales en Europa: *Escritos sobre derechos fundamentales*¹ y *Estudios sobre Estado de derecho y democracia*.² Esa circunstancia, por supuesto, dificulta el acceso del público hispanoparlante a sus obras. Quizás sea por ello que Böckenförde no sea un autor tan renombrado en Colombia. Con todo, sus teorías sobre el Estado social de derecho, la democracia y la interpretación de los derechos fundamentales han permeado de una u otra forma el constitucionalismo colombiano. Ello ha ocurrido, en parte, porque sus ideas han sido replicadas o desarrolladas por teóricos influyentes en América Latina y España.³ Este es el caso de la teoría de Böckenförde sobre el contenido material de los derechos fundamentales, que fue recogida y analizada por Robert Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*.⁴

¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trads. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993, que incluye su “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, pp. 44-72, [“Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation” (1974)].

² Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre Estado de derecho y democracia* [*Studien über Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*], trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

³ Cfr. Por ejemplo, Manuel Aragón Reyes, “Constitución y derechos fundamentales”, en VV.AA., *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor R. Fernández Carvajal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, p. 91; Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 35; Néstor Osuna, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997; Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Algo similar puede decirse de la influencia de la obra de Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Esta Corte ha fundamentado importantes decisiones, de forma explícita o implícita, en ideas fraguadas por Böckenförde. La Corte ha citado el texto *Estudios sobre Estado de derecho y democracia* en el que Böckenförde sostiene que el Estado social de derecho tiene el significado “de crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”.⁵ Esta ha sido la forma en que la Corte ha acogido la fundamentación de los derechos sociales, diseñada por Böckenförde, como medio para alcanzar el pleno ejercicio de las libertades. Asimismo, en algunos salvamentos de voto, varios magistrados han fundamentado la idea de que el juez constitucional debe ejercer una función de control estrictamente judicial y no política, con base en los trabajos de Böckenförde publicados en castellano en el volumen: *Escritos sobre derechos fundamentales*.⁶

Con todo, lo más importante ha sido la influencia implícita de las teorías de Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Una invaluable contribución suya a la teoría constitucional consistió en advertir que es posible interpretar los derechos fundamentales según diferentes concepciones de Estado y de la constitución. En particular, Böckenförde desarrolló una lúcida fundamentación de la interpretación de los derechos fundamentales con base en las teorías liberal, institucional, axiológica, democrática-funcional y del Estado social. Para este autor, tales teorías son prismas a través de los cuales se comprenden los derechos fundamentales. En consecuencia, se convierten en criterios para determinar su contenido, tanto en abstracto como en los casos concretos.

Esta idea de Böckenförde ha sido luego desarrollada por varios autores tanto en el campo del derecho constitucional como en el de filosofía política, y su impacto teórico y práctico ha sido notable. En cuanto al impacto práctico, según la Corte Constitucional colombiana no existe solamente una teoría de los derechos fundamentales institucionalizados en la Constitución Política (CP) de 1991. La interpretación que la Corte hace de ellos se fundamenta en varias teorías materiales de Estado y de constitución. La Corte concibe algunas de la manera en que Böckenförde las explica. El reconocimiento de las distintas concepciones de los derechos fundamentales en la jurisprudencia colombiana es evidencia de que Böckenförde supo teorizar intuiciones esenciales relativas a la interpretación de los derechos fundamentales. De esa forma, la jurisprudencia constitucional colombiana ofrece un claro ejemplo de que el contenido de los derechos fundamentales se nutre de una teoría liberal, de una democrática o de una del Estado social, según el caso.

⁵ Sentencias C-1064 de 2001, C-150 de 2003, C-776 de 2003, T-772 de 2003, C-1054 de 2004, C-353 de 2006, SU-484 de 2008, C-288 de 2012 y T-622 de 2016.

⁶ Algunos ejemplos aparecen en salvamentos de voto a las sentencias SU-556 de 2016, C-077 de 2017 y C-332 de 2017.

En este marco, el objetivo de este ensayo es dilucidar la forma en que la tesis de Böckenförde sobre la existencia de una pluralidad de teorías de los derechos fundamentales ha influido implícitamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

1. Concepción de Böckenförde sobre los derechos fundamentales

En su obra “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, Böckenförde sostiene que existe una íntima relación entre, por una parte, la teoría de la constitución, es decir, un entendimiento abstracto acerca de qué es una constitución, cuáles son sus funciones y sus elementos, y, por otra, el contenido material de los derechos fundamentales. A su juicio, las disposiciones constitucionales “deben operar como derecho directamente aplicable, y ser efectivas”.⁷ Para ello, es necesario que los jueces lleven a cabo una “interpretación no solo explicativa, sino que dote de contenido”⁸ y concrete el significado normativo de los derechos fundamentales. En esta línea argumentativa, Böckenförde sostiene que “las consecuencias para el contenido (concreto) de los derechos fundamentales son de gran trascendencia según cuál sea la teoría de los derechos fundamentales a cuya luz se realice la interpretación de una disposición de derecho constitucional”.⁹ Advierte que los tribunales no utilizan una única teoría de los derechos fundamentales, sino que “parten, casuísticamente y alternando según cuál sea la disposición singular de derecho fundamental, de diferentes teorías de los derechos fundamentales”.¹⁰

Böckenförde defiende que las teorías acerca de los derechos fundamentales “tienen su punto de referencia en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución”.¹¹ Para él, ese entendimiento moldea el “carácter general, la finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales”.¹² De esa manera, las diferentes ideas acerca de la constitución son prismas a través de los cuales se interpretan los derechos fundamentales. En esos términos, Böckenförde afirma que existen cinco teorías que influyen en la interpretación de los derechos fundamentales: 1) la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, 2) la teoría institucional, 3) la teoría axiológica, 4) la teoría democrática-funcional y 5) la teoría del Estado social. Esas teorías son el prisma mediante el cual los doctrinantes, las cortes y los demás operadores jurídicos expresan diversas concepciones de los derechos

⁷ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 44.

⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁹ *Ibid.*, p. 46, n. 1.

¹⁰ *Ibid.*, p. 47, n. 1.

¹¹ *Ibid.*, p. 45, n. 1.

¹² *Idem.*

fundamentales de una constitución. En este sentido, son la clave para definir qué son los derechos fundamentales en cada contexto. Böckenförde utiliza el arsenal de conceptos de teoría del Estado y de la constitución correspondientes a cada teoría para explicar los derechos fundamentales.

1.1. Teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales

Según la teoría liberal, “los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado”.¹³ Böckenförde fundamenta esta tesis en una concepción del Estado que “pretende constituirse a partir de la libertad y voluntariedad de sus ciudadanos”.¹⁴ En ese entendido, materialmente, los derechos fundamentales tienen y conservan un contenido preexistente a la intervención del legislador. La libertad es un atributo del individuo que existe antes de la creación de la sociedad civil, en la que se regula el ejercicio de la libertad. De esa manera, la teoría liberal tiene dos efectos esenciales en el rol del Estado en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales. Primero, el Estado no tiene ningún deber de garantizar los derechos fundamentales de los individuos. En este modelo, su realización es tarea exclusiva del individuo o de los grupos que conforman la sociedad. Segundo, y a consecuencia de lo anterior, el Estado tiene competencia para intervenir solo de manera limitada en la libertad del individuo. Debe restringir su actuación a lo necesario.

1.2. Teoría institucional de los derechos fundamentales

En el marco de la teoría institucional, los derechos fundamentales tienen “el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos”.¹⁵ Para Böckenförde, “la libertad liberal, jurídicamente indefinida, ya no aparece como un conjunto de contenidos dispersos de los derechos fundamentales [sino como] una libertad ‘objetivada’, ya ordenada y configurada normativa e institucionalmente”.¹⁶ De lo anterior se desprenden las dos principales diferencias con respecto a la teoría liberal. Primero, en este escenario, la regulación normativa que el Estado haga de los derechos fundamentales aparece para facilitar y favorecer el ejercicio de las libertades jurídicas fundamentales y no para limitarlas. Segundo, la libertad jurídica fundamental no es simplemente una libertad de rechazo de las injerencias extrañas en el ámbito individual de la persona, pues está orientada asimismo a la satisfacción de ciertos intereses del individuo.

¹³ *Ibid.*, p. 48, n. 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 45, n. 1.

¹⁵ *Ibid.*, p. 53, n. 1.

¹⁶ *Idem.*

1.3. Teoría axiológica de los derechos fundamentales

La tesis básica de la teoría axiológica de los derechos fundamentales señala que estos constituyen factores que conforman el proceso de integración de una comunidad de valores, culturas y vivencias. Así, Böckenförde considera que los derechos fundamentales fijan “valores fundamentales de la comunidad, norman un ‘sistema de valores o de bienes, un sistema cultural’, a través del cual los individuos alcanzan un ‘status material’, se integran (deben integrarse) objetivamente como un pueblo y en un pueblo de idiosincrasia nacional”.¹⁷ En esos términos, al igual que en la teoría institucional, los derechos fundamentales tienen el carácter de normas objetivas. El contenido de los derechos fundamentales, a la vez, está moldeado por el fundamento axiológico de una determinada comunidad estatal y concreta la expresión de dichos valores. Dicho de otra manera, su contenido es consecuencia de la decisión axiológica que una comunidad adopta para sí misma. En consecuencia, la libertad tiene como principal objetivo la realización de los valores expresados por los derechos fundamentales. En la práctica, esta concepción implica limitar las funciones interpretativas de lo que Böckenförde llama “decisionismo judicial”. Los jueces no pueden interpretar los derechos fundamentales sino dentro de los límites de la axiología de la comunidad.

1.4. Teoría democrática-funcional de los derechos fundamentales

Según la teoría democrática-funcional, los derechos fundamentales “alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática (esto es, que transcurre de abajo arriba) del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política”.¹⁸ De esa manera, la institucionalización y garantía de los derechos fundamentales persigue asegurar los procesos de formación de la voluntad política. Por ende, la interpretación de los derechos fundamentales tiene como punto de partida y de llegada el proceso democrático y el interés público. Estos procesos tienen como finalidad la implementación de los derechos fundamentales. De forma correlativa, los derechos fundamentales garantizan la preservación de los procesos democráticos. Böckenförde argumenta que, como resultado de lo anterior, se relativiza el carácter voluntario del contenido de las libertades jurídicas fundamentales. En otras palabras, como quiera que la libertad se garantiza en virtud del proceso de formación de la voluntad política, su ejercicio no es discrecional, sino que se constituye como un servicio público y un deber. Desde luego, esta propiedad es más notoria en los derechos fundamentales que tienen una relación con la democracia, tales como las libertades de opinión, prensa, reunión y asociación, y los derechos políticos.

¹⁷ *Ibid.*, p. 57, n. 1.

¹⁸ *Ibid.*, p. 60, n. 1.

1.5. Teoría de los derechos fundamentales del Estado social

De acuerdo con la teoría del Estado social, “los derechos fundamentales ya no tienen solo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado”.¹⁹ En este modelo, el Estado tiene la obligación de “procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad jurídica y libertad de los derechos fundamentales”.²⁰ Esto implica que el Estado tiene a su cargo la satisfacción de las pretensiones de prestación ciudadanas, para lo cual debe emplear medios financieros. Con base en lo anterior, la garantía de los derechos fundamentales depende de la capacidad económica del Estado y de la disponibilidad de los recursos financieros.

Según Böckenförde, la teoría del Estado social tiene tres consecuencias principales. La primera, que la satisfacción de los derechos fundamentales no es incondicional, es decir, debe adaptarse a cada contexto y está sujeta a las limitaciones jurídicas y fácticas de cada contexto; la segunda, que la competencia para determinar la satisfacción de los derechos fundamentales se atribuye al parlamento o al Gobierno y solo, en última instancia, a la rama judicial, señaladamente, al Tribunal constitucional, y la tercera, que no hay ningún criterio para determinar el nivel de satisfacción de los presupuestos sociales de libertad de los derechos fundamentales. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan al legislador y al poder ejecutivo como normas de principio. Es decir, no constituyen pretensiones directamente reclamables ante los tribunales, salvo que se esté ante una inactividad abusiva extrema por parte de los poderes legislativo o judicial.

2. Los desarrollos de la concepción Böckenförde sobre los derechos fundamentales

La concepción de los derechos fundamentales expuesta por Böckenförde plantea intuiciones plausibles que se encuentran en el corazón de la teoría y práctica de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Esto dio lugar a que otros doctrinantes, tanto en el campo del derecho constitucional como en el de filosofía política, sostuvieran que los derechos fundamentales se pueden definir por las propiedades del modelo de Estado, a saber, el Estado liberal, el Estado democrático o el Estado social. Esta tesis expresa la conexión entre la teoría de los derechos fundamentales y el modelo de Estado. Dado que las disposiciones de derechos fundamentales son indeterminadas, la definición del contenido de los derechos fundamentales debe necesariamente recurrir a teorías materiales, como aquellas enunciadas por Böckenförde.

¹⁹ *Ibid.*, p. 64, n. 1.

²⁰ *Idem.*

Gracias a Böckenförde se entendió que para encontrar las propiedades que definen los derechos fundamentales desde el punto de vista material es necesario acudir a la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad. Así, la doctrina ha señalado que en la historia reciente de la filosofía política del mundo occidental existen por lo menos tres diversas concepciones morales de la persona, a saber: la liberal,²¹ la democrática²² y la del Estado social.²³

Por su parte, la teoría axiológica e institucional, a causa de su talante formal, ha tenido menor influencia. Por ejemplo, Alexy ha señalado respecto de la teoría axiológica “que es una teoría sobre algunos valores pero [esta] no dice todavía acerca de qué valores se trata”²⁴ y ha sostenido asimismo que la teoría institucional “consiste en un conjunto, nada fácil de desenredar, de tesis sobre el fin, la estructura y el contenido de las normas de derecho fundamental, así como de tesis que deben apoyar estas tesis”.²⁵ De esa manera, ellas no definen el contenido material de los derechos fundamentales. Nosotros compartimos esa apreciación. A nuestro juicio, la pregunta sobre qué propiedades deben definir a los derechos fundamentales desde el punto de vista material “solo puede responderse sobre la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad”.²⁶ Por eso, este escrito se referirá únicamente a las tres teorías materiales: la liberal, la liberal, la del Estado social y la democrática.

2.1. Teoría liberal de los derechos fundamentales y las facultades básicas liberales de la persona

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. Locke, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la “vida, libertad y hacienda” del individuo o, en sus propias palabras, que “el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de su propiedad”.²⁷ Por su parte, Kant señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido “principio general del derecho”, según el cual, “una acción es conforme a derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada

²¹ John Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996, pp. 49 y 338.

²² Klaus Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999.

²³ Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 325.

²⁴ Alexy, *op. cit.*, p. 499.

²⁵ Alexy, *op. cit.*, p. 500, n. 18.

²⁶ Carlos Bernal, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 35.

²⁷ John Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 293.

uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”.²⁸ Este principio muestra cómo Kant atribuye al Estado y, en particular, a la legislación la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad?, ¿cuál es su contenido como atributo inherente al individuo? John Rawls intentó dar una respuesta a esta pregunta mediante su concepto liberal de persona. De acuerdo con Rawls, la persona está caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto libre. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia –capacidad de ser *razonable*, en la terminología de este autor–.²⁹ Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” –capacidad de ser *racional*–.³⁰ La primera facultad moral se identifica con la disposición humana a participar de manera consciente en la cooperación social y a respetar los términos en que esta se desenvuelve. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”.³¹ Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Estas dos facultades morales serían, desde el punto de vista liberal, las propiedades materiales que funcionan como criterio para determinar cuáles son los derechos humanos del individuo que deben ser protegidos por toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos humanos, en el campo del derecho internacional y de derechos fundamentales, en el plano constitucional.³² De acuerdo con Rawls, de este catálogo pueden formar parte solo las libertades que sean *esenciales* para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implícitos en el principio de legalidad.³³

2.2. Teoría democrática de los derechos fundamentales y las facultades básicas de la persona democrática

También la teoría democrática ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas cuya protección, mediante la forma

²⁸ Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 80.

²⁹ Rawls, *op. cit.*, p. XX, n. 15.

³⁰ *Ibid.*, p. 338, n. 15.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, p. 330, n. 15.

³³ *Ibid.*, p. 328, n. 15.

de los derechos humanos, constituye el fundamento y la finalidad de toda comunidad política. La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de Rousseau, de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”.³⁴ La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo y defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha tenido un vigoroso auge gracias a la teoría del discurso pergeñada por J. Habermas y algunos otros autores que siguen su línea teórica. El concepto de persona democrática o de persona deliberante es el más relevante de los desarrollos de la teoría del discurso, si la observamos desde el punto de vista de los derechos humanos. Así como Rawls ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características de la persona que su concepción presupone. En otras palabras, también han enunciado un conjunto de facultades básicas de la persona que funcionan como propiedades materiales para la definición de cuáles deben ser los derechos humanos.

En la teoría de Habermas la clave de funcionamiento del Estado y del derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, solo deben ser consideradas como normas válidas aquellas a las que todos los afectados puedan dar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales.³⁵ De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se sigue que el concepto de persona, entendido por el principio democrático, se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso, o, en otros términos, que las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de una persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y dar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar por qué, desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se identifica con la capacidad de discernimiento de cada individuo (*Zurechnungsfähigkeit*). Esta capacidad se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe tener para participar en la comunicación.³⁶ La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas de la crítica con razones convincentes y, por otra, la capacidad de ser

³⁴ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969, p. 25.

³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 172.

³⁶ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987, p. 110.

crítico con las afirmaciones de los demás y con las propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica. A esta última se suma la facultad de autocorrección.³⁷

Estas facultades son, desde el punto de vista de la teoría democrática, las que los derechos humanos y fundamentales deben proteger. Asimismo, en su conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del estatus de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos humanos prioritarios son los derechos políticos y los ligados a la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales, como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

2.3. Teoría del Estado social de los derechos fundamentales y las necesidades básicas de la persona

La teoría del Estado social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez, no de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos humanos, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”.³⁸ A pesar de que el Estado y el derecho protejan las facultades básicas (liberales y democráticas) de las personas que forman parte de estos sectores de la población, esta protección no es suficiente para que puedan satisfacer sus necesidades básicas. De acuerdo con Tugendhat –uno de los principales valedores de la teoría del Estado social en el ámbito de la filosofía política–, el sistema de derechos no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad, sino en el de necesidad o, más precisamente, de necesidades básicas de la persona.

La idea de necesidades básicas de la persona no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos humanos en deberes de abstención, está también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende a otros planos soslayados por el pensamiento liberal y por el pensamiento democrático. Esta idea también pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población fundamenta ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos

³⁷ Günther, *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Tugendhat, *op. cit.*, p. 338.

humanos y fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad,³⁹ conforman los derechos humanos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación.⁴⁰ Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado –a quien su estatus inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda– y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional. La ejecución de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos.

3. Influencia de Böckenförde en la jurisprudencia constitucional colombiana

La concepción de Böckenförde sobre las diversas teorías materiales de los derechos fundamentales ha tenido una influencia notable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia tiene principalmente dos competencias: revisar las decisiones judiciales en relación con la *acción de tutela* y decidir, ya sea de manera automática o por solicitud de un ciudadano, sobre la constitucionalidad de leyes, decretos con fuerza de ley, actos reformativos de la Constitución y leyes aprobatorias de tratados, entre otros. En ejercicio de estas competencias, la Corte es la encargada, por una parte, de determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales y, por la otra, de garantizar la supremacía de la Constitución.

Para ello, la Corte se ha apoyado en las teorías materiales de los derechos fundamentales, tal como las concibió Böckenförde. En distintos pronunciamientos, tanto de tutela como de constitucionalidad, se puede evidenciar que ha dotado de contenido material a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991, en aplicación de las teorías 1) liberal, 2) democrática y 3) del Estado Social.

³⁹ Michel Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “deber colectivo de ayuda mutua”, como un “verdadero principio de acción política” (*La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, Paris, LGDJ, 1993, p. 398).

⁴⁰ Tugendhat, *op. cit.*, p. 341, n. 32.

3.1. Teoría liberal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana

El Capítulo Primero del Título II de la Constitución Colombiana de 1991 institucionaliza los derechos fundamentales con una perspectiva liberal. De esa manera, los derechos de ese capítulo tienen en común que se erigen como prohibición o como limitación de la injerencia del Estado para su satisfacción. Ese es el caso del *derecho a la intimidad*. El artículo 15 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho “a su intimidad personal y familiar”. El objeto de protección de este derecho es la órbita personal del individuo. En ese sentido, hay una prohibición de intromisiones arbitrarias de parte del Estado en el desarrollo de la vida personal, espiritual y cultural más íntima de cada persona.⁴¹ Por ende, la Corte ha considerado que “el titular de este derecho es el único que puede decidir, mediante su autorización expresa o tácita, hacer pública esta información, a menos que medie una orden de autoridad competente, con fundamento en lo previsto en la Constitución y la ley”.⁴²

En relación con la dimensión positiva de los derechos de libertad, el Estado tiene una obligación de protección. En consecuencia, además de abstenerse de interferir, deberá hacer cesar, de manera oportuna y eficaz, las intromisiones irrazonables e injustificadas que se presenten en contra de la órbita reservada de cada persona. Es así como la Corte Constitucional de Colombia implícitamente ha aplicado la teoría liberal de los derechos fundamentales expuesta por Böckenförde. Según este autor, los derechos fundamentales limitan la intervención del legislador, porque tienen un contenido que preexiste a la creación de la sociedad civil.

Con base en la teoría liberal, en la Sentencia C-221 de 1994, la Corte señaló que el Congreso no puede afectar los derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. En esa ocasión, se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano en contra de algunas disposiciones de la Ley 30 de 1986, por medio de la cual el Congreso de la República adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes. En particular, el accionante le solicitó a la Corte que declarara que las normas que regulaban las sanciones por el consumo y porte de la “dosis de estupefaciente para uso personal” eran contrarias a la Constitución. La Corte sostuvo que el legislador encuentra un límite a su competencia en los derechos a la igualdad y la libertad. En sus palabras “el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución”. En ese sentido, señaló que el legislador puede válidamente regular “las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco”, siempre que con ello no se afecte el “núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad”. La Corte fundamentó

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-407A de 2018.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 2018.

su decisión en la consideración de la “libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia”. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

En un caso similar, en la Sentencia C-063 de 2018, la Corte Constitucional destacó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al estar íntimamente ligado con la dignidad humana, constituye un límite a la actuación del Congreso, porque “se encuadra en la cláusula general de libertad que le confiere al sujeto la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales”. En ese caso, le correspondió estudiar una acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra del literal c) del artículo 4 del Decreto Ley 1793 de 2000. La norma establecía como requisito para ser incorporado como soldado profesional “ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho”. La Corte sostuvo que el amplio margen que tiene el legislador para regular el régimen de carrera especial de las Fuerzas Militares está limitado por “los principios y mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de las personas”. En este caso, se refirió particularmente al derecho al libre desarrollo de la personalidad y lo interpretó con base en la teoría liberal. Para la Corte, “dentro de este ámbito de protección de la autonomía personal se insertan decisiones íntimas y personalísimas de los individuos relacionadas con su estado civil y/o con la posibilidad de tener o no hijos”. En consecuencia, declaró inexecutable la norma demandada, al concluir que

... cualquier intromisión de la ley en una decisión íntima y personalísima que corresponda al fuero interno de los individuos, como la de casarse, conformar una unión marital de hecho o tener hijos, constituye una injerencia indebida y arbitraria que carece de justificación constitucional, por estar relacionada con el plan de vida de cada persona y con la expresión de su identidad.

En otra ocasión, en la Sentencia T-363 de 2018, la Corte Constitucional indicó que los derechos a la libertad de conciencia, religión y culto constituyen un límite a la intervención del Estado y, en particular, del legislador. En este caso, la Corte acumuló dos expedientes. En el primero de ellos, un miembro de la comunidad *rastafari* narró que le obligaron a quitarse sus *dreadlocks* cuando ingresó a la cárcel. En el segundo, un preso indicó que le negaron la posibilidad de tener en su celda una imagen de Jesús. En su defensa, los institutos carcelarios argumentaron que, en ambos casos, las restricciones impuestas obedecieron al cumplimiento de los reglamentos internos. Sin embargo, la Corte Constitucional amparó el derecho de los accionantes a su libertad de conciencia y libertad religiosa –ambos, parte del mencionado catálogo de las libertades esenciales de Rawls–. En su decisión consideró que la intervención estatal está limitada y debe ser siempre razonable y proporcional. Ello obedece a que la libertad del individuo, como sostiene Böckenförde, es, en principio, ilimitada. En ese sentido, concluyó que es obligación de las autoridades carcelarias proteger “la posibilidad del interno de profesar de manera

privada y silenciosa el credo de la preferencia, garantía que resulta intangible y, por consiguiente, exenta de interferencias estatales”. Solo así se puede garantizar la libertad “en su grado máximo de expresión”.

3.2. Teoría democrática-funcional de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana

La Corte Constitucional se ha basado en la teoría democrática para dotar de contenido material ciertos derechos fundamentales establecidos en la Constitución colombiana de 1991. En efecto, la Corte ha sostenido que “las posiciones derivadas de los derechos fundamentales democráticos atribuyen al ciudadano un poder jurídico para obtener del Estado y del derecho la modificación de una situación jurídica, como reacción a su conducta participativa”.⁴³ De esa manera, para la Corte, “el concepto democrático de persona se halla en el trasfondo de los enunciados constitucionales”.⁴⁴ En consecuencia, ha considerado el proceso democrático y el interés público como puntos de partida de los derechos fundamentales.

Tal entendimiento de la teoría democrática ha llevado a la Corte Constitucional 1) a proteger especialmente los derechos que tienen incidencia en el proceso democrático y 2) a limitar ciertos derechos cuando se ve afectado el interés público. Este ha sido el caso, entre otros, de la libertad de expresión. En términos generales, la Corte ha sostenido que el “estrecho vínculo entre libertad de expresión y democracia, [es] el argumento que con mayor fuerza y frecuencia se esgrime para justificar la especial protección que se otorga a este derecho en el constitucionalismo contemporáneo”.⁴⁵ Así, por ejemplo, en la Sentencia T-391 de 2007, la Corte destacó que las manifestaciones de la libertad de expresión que se refieren a temas políticos y los discursos que debaten sobre asuntos de interés público gozan de un mayor grado de protección constitucional. A su juicio,

... dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso político, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse.

De manera similar, en la Sentencia C-223 de 2017, la Corte Constitucional interpretó los derechos de reunión y manifestación pública a la luz de su estrecha relación con la democracia. Así resolvió la demanda presentada por un ciudadano en contra de varias disposiciones del Código de Policía que regulaban el ejercicio

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-351 de 2012.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-347 de 2012.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-650 de 2003.

de los mencionados derechos. Cabe aclarar que en esa ocasión la Corte declaró la inexecutable de la norma, porque los límites a los derechos fundamentales deben tramitarse por una ley con un proceso especial que, en ese caso, no se surtió. Sin embargo, precisó el alcance de los mencionados derechos a la luz de la teoría democrática. En su decisión, la Corte indicó acerca “del derecho de reunión y manifestación pública, [que] corresponde tener en cuenta que este involucra otro derecho de mayor envergadura: el derecho a la libertad de expresión [que es] uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática”. En consecuencia, sostuvo que “el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”. Por ello, “en principio, cualquier colisión posible entre este y otros valores daría al derecho de reunión y manifestación pública un peso abstracto mayor al de otros”. De esa manera, para la Corte es claro que existe un límite en la intervención del Estado cuando se trata de derechos cuyo ejercicio es esencial en una democracia.

En otra ocasión, en la Sentencia T-244 de 2018, la Corte indicó que la libertad de expresión se ve menos limitada cuando se refiere a asuntos de interés público. En ese caso, el alcalde de Bogotá interpuso una acción de tutela y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Alegó que un miembro del Concejo de Bogotá se los había vulnerado al haber señalado tanto en un discurso como en sus redes sociales que el alcalde se enriqueció por “promover y vender los sistemas de tipo ‘Transmilenio’ en todo el mundo”. En ese caso, la Corte consideró que el discurso político del concejal merecía una especial protección constitucional, al sostener que en “el entorno político la libertad de expresión, cuando se ejerce en pro del interés público tiene límites menos rigurosos y merece mayor deferencia por el margen de apertura de un debate amplio y reflexivo frente a las opiniones como actos de control del poder público predicables de la democracia constitucional”. Por ello, concluyó que “las declaraciones del Concejal están amparadas por el discurso político, dialéctica que goza de un especial nivel de protección por su importancia para la democracia, la participación y el pluralismo”.

3.3. Teoría de los derechos fundamentales del Estado social en la jurisprudencia constitucional colombiana

El artículo 1 de la Constitución de 1991 instituye a Colombia como un Estado social de derecho. Ello implica, entre otras, dos consecuencias: primero, la concepción del Estado social influye en la definición del contenido material de los derechos fundamentales, y segundo, en el papel del Estado en la garantía de los derechos fundamentales, en particular de la función que debe desplegar la Corte ante la inoperancia del Ejecutivo.

Primero, en un Estado social, “los derechos fundamentales ya no tienen sólo un carácter delimitador-negativo sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de

prestación social ante el Estado”,⁴⁶ El artículo 13 de la Constitución contempla el derecho a la igualdad. Este es el único de los derechos que directamente acoge más de una teoría material. Tal como está formulado, 1) prohíbe cualquier clase de discriminación “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; 2) establece el deber del Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, de adoptar las “medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y de proteger especialmente a las personas que “se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. De esa manera, por una parte, se evidencia la esfera negativa de dicho derecho en la prohibición de discriminación y, por otra, se ve la esfera positiva que le asigna al Estado un deber de actuar y garantizar las condiciones para el goce efectivo del derecho.

Sin embargo, como ya se señaló, los demás derechos del capítulo de los derechos fundamentales están contemplados en una formulación típicamente “liberal”. La Constitución se limita a enunciar el derecho en su formulación negativa. Por tanto, ha sido la Corte Constitucional la que ha definido el contenido material de los derechos fundamentales a la luz de la teoría del “Estado social”. Ese es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 16 de la Constitución prevé que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Como ha señalado la Corte, este derecho “consiste en la posibilidad que tiene todo individuo de adoptar, sin ninguna intromisión o interferencia, las decisiones que le permitirán construir su plan de vida, con base en sus particulares convicciones, creencias, aspiraciones y deseos”.⁴⁷ En ese sentido, instituye como una limitación a cualquier intromisión de parte del Estado en las decisiones de vida de un individuo. Esta es la dimensión negativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para la Corte Constitucional, tal derecho tiene también una dimensión positiva. A su juicio, el Estado tiene la obligación de brindar “condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida [...] disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas”.⁴⁸ Así entendido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene un contenido material que le otorga la Corte con base en la teoría social. En efecto, allí señaló que con la definición de Colombia como un Estado social de derecho “se imponen al Estado nuevos deberes y, en consecuencia, aparecen nuevos derechos a favor de las personas, particularmente aquellos relacionados con los valores intrínsecos e inherentes del ser humano”.⁴⁹ De conformidad con lo anterior, ha sido la Corte, en aplicación de esta teoría, la que ha dotado de contenido a los derechos, aun cuando su formulación no lo preveía de forma específica.

⁴⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 64, n. 1.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 2018.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 2008.

⁴⁹ *Idem.*

Segundo, el Estado tiene la obligación de “procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad jurídica y libertad de los derechos fundamentales”.⁵⁰ En tal virtud, como ha señalado la Corte Constitucional, el Estado tiene la obligación de “garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales”.⁵¹ Según la Corte, el carácter de Estado social “exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”.⁵² Al respecto, señaló que “el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución”.⁵³

Tales consideraciones han llevado a la Corte Constitucional a ordenarle directamente al Ejecutivo la implementación de políticas públicas. A su juicio, esto puede hacerse cuando se evidencia que, como consecuencia de una inactividad abusiva extrema por parte del Estado, se están vulnerando los derechos fundamentales. Esto parte de una de las principales implicaciones de la cláusula de Estado social en que se reconocen los derechos fundamentales como “principios jurídicamente vinculantes para todas las esferas del Estado. Estos, por efecto de ese mismo postulado, irradian todo el ordenamiento jurídico, y se erigen en la medida y derrotero de las normas que lo componen en todos sus niveles”.⁵⁴

En aplicación de tal teoría, en la Sentencia T-302 de 2017, la Corte Constitucional le exigió al Estado garantizar los derechos fundamentales al agua y a la alimentación a los niños y las niñas del pueblo indígena wayúu, que habita en el departamento de la Guajira, Colombia. La demanda presentada solicitaba el amparo al derecho fundamental al agua potable, la alimentación y la salud de los niños y las niñas de la comunidad. De las pruebas allegadas al proceso se evidenció que un niño en la Guajira tiene “sesenta veces más probabilidad de morir por desnutrición que en la capital” y que hay una “etnia entera cuya niñez [está] amenazada por el hambre”.

En ese caso, la Corte constató que la vulneración de los derechos fundamentales era consecuencia de la inactividad del Estado. Entonces, ordenó medidas de corto y largo plazo en las que se “encamine la coordinación de las entidades nacionales y territoriales”. Ello parte del entendimiento de que los derechos a la vida (CP, art. 11) y a la salud (CP, arts. 49 y 50) exigen que el Estado actúe para asegurar su satisfacción siquiera en un nivel mínimo. La interpretación que hace la Corte Constitucional de tales derechos implica, a su vez, que el Estado deba asegurar el derecho a la alimentación y al agua potable, sin que estén especificados en la Constitución, han

⁵⁰ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 64, n. 1.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-426 de 1992.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 2018.

sido reconocidos por la Corte. Esa concepción de los derechos fundamentales solo se puede alcanzar desde la perspectiva de una teoría de los derechos fundamentales en un Estado social.

Conclusiones

La jurisprudencia colombiana usó explícitamente las tesis de Böckenförde relativas a algunos aspectos que conciernen al Estado social y a la función judicial de la Corte Constitucional. Más allá de eso, en punto a las teorías materiales de los derechos fundamentales, Böckenförde supo teorizar sobre unas intuiciones que han sido de mucha importancia en la jurisprudencia colombiana. Y aunque esta teoría no ha sido expuesta únicamente por Böckenförde, fue él quien primero habló del conjunto de las teorías materiales de los derechos fundamentales. En ese sentido, las discusiones posteriores que abordaron otros teóricos del derecho, como Robert Alexy, tuvieron como punto de partida el escrito inicial de Böckenförde. Ello, en últimas, facilitó que permearan la jurisprudencia colombiana.

En efecto, los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1991, cuya literalidad, como dice Böckenförde, “carece en sí misma de un único sentido material”, son concretados por la Corte atendiendo las distintas teorías sobre su contenido material. De esa manera, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, una misma disposición constitucional puede ser entendida y aplicada de una u otra manera por el mismo juez. Un ejemplo de esto es el de la libertad de expresión. El artículo 20 de la Constitución establece lo siguiente:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha interpretado este artículo con base en la *teoría liberal*. Así, ha considerado que la libertad de expresión limita la actuación del Estado. De esa manera, la Corte ha señalado que las personas tienen la “libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras [...], y el derecho a no ser molestado por ellas.”⁵⁵

En segundo lugar, cuando se relaciona con la voluntad política, la Corte ha destacado y, en consecuencia, ha protegido especialmente la libertad de expresión para “la formación de una opinión pública y libre”. Así lo entendió cuando afirmó que “esta libertad constitucional no solo es un derecho de cada persona sino que también debe ser entendida como un valor y principio *sine qua non* para la consolidación de

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 2007.

la opinión pública libre, estrechamente ligada al pluralismo político característico de un Estado social y democrático de derecho”.⁵⁶ Por esa misma razón, la Corte ha amparado la libertad de expresión cuando se trata del derecho a fundar medios de comunicación, pues ellos son “indispensables para el ejercicio de las libertades de expresión e información y para la materialización del régimen democrático, participativo y pluralista consagrado en la Constitución del 91”.⁵⁷ Su importancia radica precisamente en que “representa una manifestación concreta de la dignidad humana, ya que permite [...] la participación en el proceso democrático del país (CP, art. 1)”⁵⁸ En consecuencia, la limitación que se haga de ese derecho nunca puede ser en detrimento del proceso democrático.

En tercer lugar, el Estado asume en ciertos casos una carga prestacional para asegurar la eficacia de la libertad de expresión. Para el efecto debe: primero, asegurar la “adecuada realización” de la función de los medios de comunicación; segundo, adoptar “medidas concretas que permitan su consolidación como instrumento para garantizar la libertad y la democracia”;⁵⁹ tercero, “propiciar condiciones estructurales que permitan la libre circulación de expresiones, ideas, opiniones e informaciones y, a la vez, garantizar que el proceso comunicativo se desarrolle en circunstancias de pluralismo, equilibrio, equidad e inclusión social”;⁶⁰ cuarto,

... favorecer la creación de medios de comunicación libres, plurales e independientes, eliminar las prácticas que obstaculicen irrazonablemente el ingreso al diálogo público, adoptar medidas positivas que aseguren la admisión al escenario informativo, en condiciones de equilibrio y equidad, de todas las posturas sociales, políticas y culturales presentes o contrapuestas en democracia.⁶¹

Ello atiende a la típica formulación de los derechos en un Estado social.

Bibliografía

- ALEXYS, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ARAGÓN, Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, en VV.AA., *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor R. Fernández Carvajal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1997.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1723 de 2000.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599 de 2016.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-359 de 2016.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599 de 2016, *cit.*

⁶¹ *Idem.*

- BERNAL, Carlos, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, trads., Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BORGETTO, Michel, *La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, Paris, LGDJ, 1993.
- CRUZ, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- GÜNTHER, Klaus, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en Hauke BRUNKHORST y Peter NIESEN (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987.
- , *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- KANT, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
- LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- OSUNA, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969.
- RUBIO, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Danny José Cevallos C. (Ecuador)*

El Estado constitucional de derecho en América Latina y la Ley Fundamental de Bonn. Observaciones desde la teoría del derecho**

RESUMEN

El artículo pretende mostrar cómo muchos de los temas fundamentales del Estado constitucional de derecho en América Latina encuentran su origen en el constitucionalismo alemán. A partir de esta convergencia, que supone la relevancia de la teoría del derecho como reflexión general sobre los problemas jurídicos, se concluye subrayando la importancia de contar con una concepción adecuada del fenómeno jurídico para desarrollar y defender el ideal de Estado constitucional de derecho que compartimos.

Palabras clave: América Latina, Ley Fundamental de Bonn, constitucionalismo.

ZUSAMMENFASSUNG

Mit dem vorliegenden Artikel soll dargelegt werden, inwieweit zahlreiche Grundsatzfragen des Verfassungsstaats in Lateinamerika auf den deutschen Konstitutionalismus zurückzuführen sind. Ausgehend von dieser Konvergenz, die die Relevanz der Rechtstheorie als allgemeine Reflexion über Rechtsfragen voraussetzt, unterstreicht der Beitrag abschließend die Bedeutung einer angemessenen Rechtskonzeption für die Entwicklung und Verteidigung des Verfassungsstaats als gemeinsames Ideal.

Schlagwörter: Lateinamerika, Bonner Grundgesetz, Konstitutionalismus.

* Doctorando en Derecho e investigador predoctoral del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. danny.cevallos@ua.es

** Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación “Una teoría postpositivista del Derecho” (DER2017-86643-P), financiado por la Agencia Estatal de Investigación de España y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder), Unión Europea. Agradezco a Isabel Lifante Vidal, Josep Aguiló Regla y Manuel Atienza sus valiosos comentarios hechos sobre el borrador de este trabajo. Los errores que subsistan son enteramente míos.

ABSTRACT

This article seeks to show how many of the foundations of the constitutional rule of law in Latin America find their origin in German constitutionalism. Based on this convergence, which presumes the relevance of the theory of law as a general reflection on legal problems, the article concludes by emphasizing the importance of having an adequate conception of the legal phenomenon in order to develop and defend the ideal of the constitutional rule of law that we share.

Key words: Latin America, Basic Law of Bonn, constitutionalism.

Introducción

Con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (en adelante LFB) empieza a cimentarse la noción de lo que hoy denominamos *Estado constitucional*, al menos dentro de la cultura jurídica de tradición romano-germánica. El contundente arsenal jurídico-valorativo establecido en dicha ley fundamental, y una cultura de respeto por los postulados del Estado de derecho, por los derechos fundamentales y por la democracia, junto con el federalismo, son los rasgos principales que caracterizan al constitucionalismo alemán desde la segunda mitad del siglo pasado. Muchos de esos rasgos han sido emulados por otros países, con resultados diversos.

Si bien es posible encontrar algunos antecedentes en la Constitución de Weimar de 1919,¹ son los postulados de la LFB, junto con la exitosa actividad del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF), los que estimularon que el fenómeno de la *constitucionalización* de los Estados se extendiera como tal, primero, a otros países europeo-continetales (v. g., Portugal con su Constitución de 1976 y España con su Constitución de 1978),² y después a la mayoría de países latinoamericanos, en especial a partir de la década de los ochenta, una vez finalizada la ola de dictaduras que azotó a la región. En América Latina, esto se refleja en el contenido de los nuevos textos constitucionales, bien como nuevas constituciones íntegras, bien mediante profundas reformas a los existentes.

En suma, es en la LFB donde se instituyeron y, dado su éxito, se expandieron de manera indiscutible muchas de las nociones, categorías e instituciones políticas y jurídicas con las que interactuamos actualmente, sobre todo en materia constitucional,

¹ Que, en muchos sentidos, fue un modelo de modernidad y una de las más progresistas de su época, a pesar de los variados problemas que se presentaron en su implementación (Maribel González, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2010, p. 19; Jörg Polakiewicz, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, julio-septiembre, 1993, pp. 31 ss.; *in extenso*, Pablo Lucas, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987).

² Si bien existía ya la Constitución de Italia de 1947, no trascendió en la forma y magnitud que sí lo hizo la LFB.

y que se han enraizado en el constitucionalismo contemporáneo y en la cultura jurídica actual como verdaderos lugares comunes.³

En esa línea, el TCF ha sido el órgano jurisdiccional que ha coadyuvado de manera primordial, y no siempre fácil, a implantar y desarrollar el arsenal argumentativo contenido en la Constitución alemana. Su actividad, principalmente en materia de derechos fundamentales, le ha valido un gran prestigio y reconocimiento, tanto interna como internacionalmente. Para Konrad Hesse, *v. g.*, “el *Bundesverfassungsgerichts* [Tribunal Constitucional] ha impuesto la eficacia de los derechos fundamentales no solo para la vida estatal, sino también para la totalidad de la vida jurídica en la República Federal, y sentado las bases para la importancia omnicompreensiva actual de los derechos fundamentales”.⁴ Y es que con sobrada razón puede decirse que “la historia de la Ley Fundamental es al mismo tiempo la historia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.⁵

El Tribunal ha ido escribiendo esta historia, principalmente, a través de sus decisiones dentro de los *recursos de amparo – Verfassungsbeschwerde*– pues, no obstante existir otras vías de control y protección constitucional, por su diseño el recurso de amparo se ha convertido en la principal vía de llegada de la ciudadanía al TCF, y la oportunidad para que este conozca sobre casos concretos y reales –en sentido *ex post*–⁶ de derechos fundamentales y, a su vez, dada la variedad e intensidad de los temas que podrían ser abordados en este recurso, es donde, consecuentemente, el TCF ha podido desarrollar y consolidar su principal jurisprudencia en materia de derechos fundamentales a partir del análisis y decisión sobre la aplicación del

³ En este artículo, las ideas y los comentarios que se realicen sobre constitucionalismo, dogmática, teoría y filosofía del derecho deberán siempre contextualizarse dentro de la cultura jurídica del *civil law*. Esto es, desde ese mínimo común denominador de la idea de ‘derecho’ que se comparte en los países del espacio europeo-continental y del latinoamericano, de tradición jurídica germano-románica, y no –o al menos solo excepcionalmente– desde la tradición jurídica del *common law*. Cierto es que, en la actualidad, los puntos de conexión entre estas dos grandes tradiciones parecen confluír cada vez más, como si de una “globalización” jurídica se tratase; no obstante, al menos hasta ahora persisten muchos rasgos comunes que permitirían hablar incluso de una concreta filosofía del derecho “para el mundo latino” (Manuel Atienza, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 662, 663; “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, en *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 47 ss.).

⁴ Konrad Hesse, “Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 108.

⁵ Mark Unger, “Sesenta años de la Ley Fundamental Alemana - de un provisorio con una larga vida”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 307.

⁶ Oportunidad que, en general, no ofrece, *v. g.*, la acción de inconstitucionalidad de norma jurídica, donde se controla en abstracto, *ex ante*, la compatibilidad o no de un enunciado normativo con la Constitución. Vale comentar también que el recurso de amparo o “queja” constitucional (*Verfassungsbeschwerde - BvR*) no fue establecido en el texto inicial de la LFB, sino que se lo incorporó en la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1951 y se constitucionalizó recién en 1969 mediante reforma a la Ley Fundamental.

derecho en casos reales. Por esto, este recurso, como bien lo dijo Peter Häberle, es la “reina” de las vías de acceso al Tribunal y se ha convertido “en un modelo, que ha sido discutido en Italia y Francia, que tiene su ‘hermano’ en los procedimientos de *amparo* del mundo hispanoamericano”.⁷

Sin embargo, el TCF con cierta regularidad se ve enfrentado al peligro de colapsar ante la avalancha de casos que se le presentan y la seria dificultad para gestionar el volumen de asuntos como consecuencia de su éxito –sobre todo con relación al volumen de recurso de amparo que se interpone–. Se han buscado e intentado diversos mecanismos de descongestión que han intentado alcanzar un *justo medio* –en términos aristotélicos– entre el desarrollo operativo de las funciones del Tribunal y el derecho de las personas a obtener una justicia constitucional eficiente. Esta parece ser una batalla constante y tal vez irresoluble en términos categóricos, producto de la propia interacción de los elementos de constitucionalismo y con lo cual habría que aprender a lidiar y sobrellevar, tal como hasta ahora ha sucedido, aunque no sea una tarea fácil.⁸

Ahora bien, hacia afuera, las ideas –políticas, jurídicas, sociales– del constitucionalismo alemán han estado presentes, con diversos grados y matices, en los debates de los tribunales/cortes/salas constitucionales de otros países europeos y latinoamericanos. Estos países han mirado con interés hacia la experiencia alemana tratando de encontrar en ella guías y argumentos que les permitan lidiar con sus propios problemas constitucionales, dentro de sus peculiaridades y realidades jurídicas, históricas y político-coyunturales. El modelo de Estado constitucional democrático, e incluso el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, de los que se empieza a hablar en la América Latina “posdictaduras”, se apoyan en buena medida –conscientes o no– en los antecedentes de lucha social y jurídico-normativa por los derechos fundamentales en los países europeos de posguerra, en especial en Alemania y España.

Respecto a esto último, vale hacer el comentario siguiente: históricamente Latinoamérica y Alemania han construido y mantenido en general buenas relaciones; su interacción en materia política, económica, cultural, científica y tecnológica, entre

⁷ Peter Häberle, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en Diego García y Francisco Fernández (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 255.

⁸ Este problema se habría generado desde muy temprano. Incluso ya en 1953 se habría recomendado la eliminación del recurso de amparo (Helmut Simon, “La jurisdicción constitucional”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, 2 ed., 1996, p. 834). La denominada “Comisión Benda” en 1997 sugería, entre otras recomendaciones, dar al tribunal una competencia de selección discrecional o de libre admisión de los casos, próxima a la idea del *writ of certiorari* de la Suprema Corte de Estados Unidos (Pablo López, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 115-151). También mediante la Ley de Reforma del *BVerfGG* (Tribunal Constitucional Federal) de 02 de agosto de 1993, se pretendió dar un mayor peso a la dimensión objetiva en el recurso de amparo.

otras, ha sido en buena parte constante y enriquecedora.⁹ Sin embargo, también es cierto que por diversos factores (volumen migratorio, idioma, etc.) este acercamiento no había sido tan contundente como sí sucedió entre otros países europeos y Latinoamérica. En este sentido, hasta un cierto punto, España ha jugado un papel de *punte* entre la cultura germana y la latinoamericana.

Específicamente en materia jurídica, a partir de la Constitución de 1978 se implementó en España un *constitucionalismo* con rasgos próximos al alemán, estableciéndose también un tribunal constitucional, un recurso de amparo como principal vía de acceso de las personas al Tribunal Constitucional y que permita consolidar jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, así como una estructura formal y material de derechos fundamentales similares –aunque no idénticos– a la existente en Alemania.¹⁰ Y es que el derecho constitucional y la teoría del derecho española han mirado repetidamente hacia el país germánico a la hora de buscar un referente válido en esas materias.¹¹ Esto es comprensible porque –a muy grandes rasgos– la cultura española comparte con la alemana una identidad cultural europea, y, además, su proximidad geográfica le ha permitido un acceso directo y fluido al pensamiento alemán, que ha superado sin mayor dificultad la cuestión idiomática.

En tal contexto, la cultura jurídica latinoamericana –por tradición, pero sobre todo por razones de idioma– ha accedido al pensamiento jurídico alemán en buena medida a través de la producción jurídica española. En temas constitucionales, por ejemplo, se ha seguido de cerca el uso que el Tribunal Constitucional español ha hecho de los desarrollos jurisprudenciales de su par alemán, el TCF. Esto explicaría en alguna forma las referencias que se suelen hacer conjuntamente a las constituciones española y alemana y a sus respectivos tribunales constitucionales, dentro de decisiones de altas cortes latinoamericanas.

Sin desconocer ni descartar lo anterior, es notorio el acercamiento e intercambio que desde hace ya varias décadas la cultura jurídica latinoamericana y la alemana vienen teniendo recíproca y directamente, “sin escalas”.¹² La dilatada labor de tra-

⁹ Véase, *v. g.*, los artículos dedicados a conmemorar el primer centenario del fallecimiento de Alexander von Humboldt, científico alemán que realizó célebres expediciones y estudios científicos en Ecuador (Casa de la Cultura Ecuatoriana, *Boletín de informaciones científicas nacionales*, vol. 11, núm. 90, Quito, 1959. Disponible en repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/11845. También, Lars Scharnholtz y Alexandra Toro, “La influencia alemana en el proceso de industrialización en Colombia”, *Apuntes. Revista de Estudios sobre Patrimonio Cultural*, vol. 27, núm. 2, 2014, pp. 60-77. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.apc27-2.iapi>).

¹⁰ Véase, *in extenso*, Isabel Lifante, “El guardián de la Constitución”, en Rafael Escudero y Sebastián Martín (coords.), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*, Madrid, Akal, 2018, pp. 227-250.

¹¹ López, *op. cit.*

¹² Y no solo jurídica. Desde el lado alemán, *v. g.*, se desarrollan trabajos y proyectos que se interesan también en fenómenos políticos y sociales latinoamericanos, y se crean incluso institutos y redes sobre estudios latinoamericanos; ejemplo de esto son: el Centro de Estudios Latinoamericanos, adscrito a la Universidad de Kassel; el Instituto Latinoamericano de

ducción y de producción académica, tanto en lengua castellana como alemana, que han realizado, v. g., Ernesto Garzón Valdés¹³ y Eugenio Bulygin,¹⁴ es un destacado ejemplo que da buena cuenta de estas relaciones y colaboraciones directas. Carlos Bernal Pulido,¹⁵ y muchos otros que ahora injustamente se me escapan han hecho también reconocidos esfuerzos por difundir e intercambiar pensamientos. En temas constitucionales y de teoría del derecho, uno de los casos más notorios es la vasta difusión e influencia que en Latinoamérica ha tenido el trabajo del iusfilósofo alemán Robert Alexy; buena parte de su producción académica ha sido traducida al español, destacando las obras relacionadas con sus teorías de los derechos fundamentales¹⁶ y de la argumentación jurídica,¹⁷ así como sus ideas sobre ponderación¹⁸ y su famosa

Servicios Legales Alternativos (ILSA), Hamburgo-Berlín, adscrito al Instituto Alemán de Estudios Globales y Regionales; el Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad Libre de Berlín; y el Instituto Central de Estudios Latinoamericanos (Zilas), adscrito a la Universidad Católica de Eichstätt.

¹³ Entre muchísimos otros, fue el traductor al español de libros como *¿Qué es la justicia?* de Hans Kelsen, y de la primera edición de *Teoría de los derechos fundamentales* de Robert Alexy. Durante su estancia en Bonn, Garzón –junto con otros colegas– fundó la Colección Estudios Alemanes, donde por primera vez se tradujo al castellano a relevantes autores germanos; asimismo, junto con otros colegas, preparó la primera antología en alemán de la filosofía jurídica latinoamericana, titulada *Lateinamerikanische Studien zur Rechtsphilosophie*. Para un listado de la vasta producción de Ernesto Garzón Valdés (en varios idiomas), así como de las obras traducidas por él (hasta finales de la década de los ochenta del siglo XX), véase Jorge Malem, “Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 407 ss.

¹⁴ Junto con Ernesto Garzón, publicaron en alemán una selección de autores argentinos titulada *Argentinsische Rechtstheorie und Rechtsphilosophie heute*. Una de sus principales obras, *Normative Systems*, escrita con Carlos Alchourrón, fue traducida al alemán por Annette Schmitt y Ruth Zimmerling. Bulygin tradujo al castellano la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, de Hans Kelsen, y junto con Garzón, *Las ventajas de la tópica*, de Theodor Viehweg, así como *Derecho, lógica, matemática*, de Herbert Fiedler, entre muchas otras. Un listado de la amplia producción de Eugenio Bulygin, que incluye su labor de traducción y de trabajos en varios idiomas, se recoge en su *curriculum vitae* disponible en: www.fundacionkonex.org/b1641-eugenio-bulygin

¹⁵ Entre otras, tradujo al español la segunda edición del libro *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy, edición que ha tenido una gran difusión en América Latina, y para la cual preparó un amplio estudio introductorio.

¹⁶ En especial, la segunda edición en español de su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹⁷ En especial, la segunda edición en español –actualizada– de su libro *Teoría de la argumentación jurídica*, trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹⁸ Idea que ha ido desarrollando a lo largo de sus obras, y que, en general, constituye un esfuerzo razonado y sistematizado de entendimiento y presentación de la actividad que ha efectuado el TCF alemán a la hora de solucionar conflictos entre principios jurídicos. Para conocer algunas posiciones críticas o escépticas, véase Juan Antonio García, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Ricardo Sanín (coord.), *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006;

“fórmula del peso”;¹⁹ además de ser un visitante constante de Latinoamérica como profesor invitado y conferencista.

En definitiva, de una u otra forma, directa o no, Latinoamérica ha podido acceder al pensamiento alemán, al contenido de los postulados insertos en la LFB y a su fecundo desarrollo hecho por el TCF, así como también a su problemática y críticas.

Ahora bien, los postulados y la implementación de la Constitución alemana abarcan casi por completo todo el espectro de la vida germánica en sociedad; esto es, regula y tiene efectos en la comunidad en general, así como en cada uno de sus integrantes, incluyendo aspectos políticos, jurídicos, sociales, económicos, culturales y hasta privados. Dado ese alcance, me interesará de aquí en adelante centrarme solo en las cuestiones de índole teórico-jurídicas que se han generado “en” y “a partir de” la LFB y que han tenido mayor interés y resonancia en América Latina. Con tal propósito, en el siguiente apartado enunciaré algunos de los temas, conceptos y problemas constitucionales que creo son los más relevantes y discutidos en el derecho latinoamericano actual; iré concretándolos y dando argumentos para evidenciar que en un cierto sentido ellos, al menos en su génesis, pueden ser identificados con –incluso derivados de– la LFB y el TCF alemán, advirtiéndose en el camino que precisamente se trata de temas espinosos y problemáticos –de ahí el llamado a su discusión–, algunos de ellos tal vez incluso irresolubles, pero que parecen devenir como tales en reconocimiento de las tensiones internas propias del modelo de Estado contemporáneo, tanto en Alemania como en América Latina. Finalizaré luego con un comentario a modo de conclusión.

1. Algunas cuestiones discutidas en el constitucionalismo latinoamericano y su identificación con el constitucionalismo alemán

Si se revisa la literatura jurídica sobre aspectos constitucionales (jurisprudencia de las altas cortes, principal doctrina, etc.) creo que se podrá acordar que, de manera más o menos homogénea, los temas, conceptos y problemas teóricos que enunciaré y comentaré a continuación son los más relevantes en el constitucionalismo latinoamericano, tanto por sus implicaciones como por el nivel de sus desacuerdos. Me

Riccardo Guastini, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2018, pp. 298-301 ss.; y la explicación que hace Manuel Atienza de las críticas que realiza Jürgen Habermas: “Habermas contra la ponderación”, en *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 539-545.

¹⁹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, *Addenda*, pp. 349 ss. Para una didáctica explicación de esta fórmula, véase Manuel Atienza, “Alexy y la fórmula del peso”, en Atienza, 2013, *ibid.*, pp. 249-258. También, Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 101-104.

interesa evidenciar, no obstante, que ello también ha estado presente en el constitucionalismo alemán y que, por lo menos en ese sentido, es posible reconocer un paralelismo temático –obviamente matizado–.

Vayamos por partes y veamos ahora algunos de los temas, conceptos y problemas en alguna medida compartidos.

1.1. El Estado de derecho y su articulación con las contemporáneas concepciones de democracia y de derechos fundamentales

El modelo de Estado ha sido un tema de estudio extenso e intenso.²⁰ El paso de los Estados liberales de derecho a los Estados sociales de derecho, y de estos finalmente a los Estados constitucionales democráticos de derecho, no debería entenderse como un abandono de los primeros, sino, más bien, como un intento de progreso y evolución donde este último se nutre y aprende de los primeros.

Junto con la Constitución mexicana de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 fue una de las precursoras de los Estados sociales; sin embargo, por una serie de factores contextuales los propósitos del Estado social en Weimar se vieron frustrados. Se aprendió de lo bueno y malo de Weimar y en la LFB se dieron avances y cambios drásticos y decisivos. Bajo la consigna de que las atrocidades cometidas en el régimen de terror del nazismo no vuelvan a repetirse nunca más, los derechos de las personas pasaron a ser la prioridad, y se estableció democráticamente un catálogo con derechos fundamentales que se constituirían en eje y fin de la actividad estatal y marcarían el límite material del ejercicio del poder de toda autoridad.²¹ Es por ello que Ernst W. Böckenförde hacía referencia a que luego

... de la supresión y quiebra del Estado de derecho por el régimen nacionalsocialista, la reflexión sobre este concepto [Estado de derecho] en la etapa contemporánea se ha esforzado por redefinirlo y desarrollarlo en dos direcciones: por un lado hacia un Estado social de derecho en sustitución del Estado de derecho liberal (burgués), y por el otro en favor de un concepto material en lugar del concepto formal.²²

²⁰ Véase, v. g., Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª. ed., Madrid, Taurus, 1998, donde, en sus primeras palabras introductorias, acuñó su conocida frase “No todo Estado es Estado de derecho”, p. 29; Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; también, Gustav Radbruch, *Filosofía del derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 237-245; y, para una visión iuspositivista del paradigma del Estado constitucional de derecho, Luigi Ferrajoli, “1. Teoría del derecho”, *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 801 ss.

²¹ Véase Klaus Stern, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988, pp. 261-277.

²² Ernst W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 34.

En ese sentido es que el TCF ha mantenido que el modelo de Estado dispuesto en la LFB contiene “un mandato constitucional al legislador que obliga a este a atender a la justicia y al equilibrio sociales en el marco de la Constitución”, representando, además, un principio de interpretación de la Constitución y la ley, en cuanto al fin del Estado.²³

En este contexto y con tales antecedentes es que la idea de Estado avanza hacia la noción de Estado constitucional de derecho, en donde no basta ya con tener una constitución rígida, con supremacía jerárquica y con procedimientos agravados de reforma que la distinguan de la ley –como forma jurídica–, sino que esta noción exigirá como componentes intrínsecos a su fin, la existencia de catálogos de derechos que vinculen materialmente al poder y de instancias de control de dichos vínculos. Es decir, el “núcleo del *derecho del Estado constitucional*, en suma, viene dado por un conjunto de *derechos fundamentales* cuya supremacía (rango constitucional) es garantizada jurisdiccionalmente (jurisdicción constitucional)”²⁴

De lo anterior, lo que interesa destacar es que, con el foco puesto ahora en los derechos fundamentales, establecidos como normas jurídicas plenas de rango constitucional, se configuró un Estado que debe aprender a sobrellevar y resolver las tensiones que el reconocimiento, el desarrollo y la protección de estos derechos implica dentro de una sociedad estructurada, a su vez, en el ideal de la democracia como forma política de organización que evite la arbitrariedad y la concentración del poder. Así, la presencia y convivencia de los derechos fundamentales, del principio democrático, de la división de poderes y del imperio de la ley –en sentido amplio– son rasgos, elementos y valores constitutivos del Estado constitucional contemporáneo, y son los que efectivamente sustentan el constitucionalismo alemán y que se reflejan hoy también en la gran mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos.

En síntesis, la noción de Estado de derecho, entendida como el Estado constitucional y democrático de derecho, es el tipo de Estado que –al menos hasta la actualidad– permite de mejor manera materializar, política y jurídicamente, esos catálogos de derechos fundamentales que surgieron como elementos constitutivos de las constituciones luego de mediados de la centuria pasada, y que vinculan y limitan, formal y materialmente, a todo el poder.

²³ *Ibid.*, pp. 37, 38.

²⁴ Alí Lozada y Catherine Ricaurte, *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015, p. 32.

1.2. La conveniencia y las consecuencias de establecer en las constituciones amplios catálogos de derechos fundamentales (humanos)²⁵

La positivización de dichos catálogos de derechos fundamentales en las constituciones implicó su reconocimiento como normas jurídicas plenas, esto es, exigibles y aplicables jurídicamente de manera directa y sobre cualquier norma de rango legal. Anteriormente precisé que los derechos fundamentales constituyen el eje y fin de la actividad estatal y marcan el límite del ejercicio del poder de toda autoridad. En el caso de Alemania, esto es así por el vigor y la contundencia que el artículo 1 de la LFB le da a la *dignidad humana*²⁶ y su íntima relación de fundamentación con los demás derechos fundamentales,²⁷ a lo que también ha contribuido en gran medida el desarrollo que el TCF le ha dado en su jurisprudencia;²⁸ actividad que, por cierto, tampoco ha estado exenta de críticas.²⁹

Puntualmente, el TCF ha considerado que la LFB “es un ordenamiento comprometido con valores, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad

²⁵ Para los efectos de este trabajo, el uso de la expresión ‘derechos fundamentales’ hará alusión también a la noción de los derechos humanos. En tal caso, me referiré siempre aquí a los derechos fundamentales desde el nivel normativo constitucional estatal, no desde convenciones internacionales.

²⁶ Artículo 1 (1): “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

²⁷ Véase, *in extenso*, Ernst W. Böckenförde, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993. También, Danny José Cevallos, “Reflexiones sobre el derecho a la vida y a la dignidad humana en relación a la sentencia BvR 357/05 del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Didasc@lia: Didáctica y Educación*, vol. 6, núm. 6 (especial), diciembre, 2015, pp. 235-255. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6678488

²⁸ Una selección de la jurisprudencia constitucional alemana más relevante hasta la primera década del siglo actual, con las decisiones (sus principales fragmentos) traducidas al castellano, puede encontrarse en Benito Aláez y Leonardo Álvarez, “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Rudolf Huber (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. Disponible en: www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

²⁹ Otto Bachof se preguntaba: “¿No existe el peligro de que la Corte Constitucional, en lugar de controlar la aplicación de la Constitución, se convierta en la dueña de la Constitución? ¿No lleva forzosamente, semejante concentración de las facultades de la Corte Constitucional, al tan justificadamente temido gobierno de los jueces? ¿No sería atinado lo que un jurista tan competente como el ex *Chief Justice* de la *Supreme Court* Hughes dijera una vez: ‘We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is?’” (Otto Bachof, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 56, mayo-agosto, 1986, p. 842).

humana como fin supremo de todo Derecho”.³⁰ Y es que la idea de inviolabilidad y de dignidad de la persona humana se convierte en la fuerza gravitante que ordena y da sentido pleno al constitucionalismo alemán de posguerra, caracterizando el origen de los demás derechos y el propio fin del ordenamiento.³¹ Así, ante el reconocimiento de los abusos del pasado y tras el Estado totalitario que implicó en Alemania el nacionalsocialismo nazi, la LFB respondió estableciendo un conjunto de valores, no como meras declaraciones éticas, sino como normas jurídicas plenas que buscan estructuralmente hacer prevalecer la calidad de persona humana digna frente al poder,³² actuando como cláusulas de apertura y de defensa, y favoreciendo de esta manera la expansión de derechos. Además, como bien lo mencionara Benda, lo establecido en el artículo 1 de la LFB “enlaza claramente con la Universal Declaration of Human Rights, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas”,³³ pues las atrocidades de sucesos como el Holocausto fueron las que generaron en Alemania y a nivel global, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, una toma de consciencia a escala mundial acerca del valor del ser humano, de su centralidad como fin estatal y como límite de la actuación de los poderes.

Desde sus inicios, la jurisprudencia del TCF ha establecido, por lo común, una interpretación muy amplia en favor del ejercicio de los derechos. Entre otros tantos, dos son los casos que más destacaron en la jurisprudencia temprana del Tribunal. En el Caso Elfes,³⁴ el Tribunal se pronunció sobre el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* y a través de este “abrió la puerta” hacia el amparo de casi cualquier otro derecho en circunstancias en las que, de alguna manera, el impedimento del ejercicio de ese otro derecho afectara a su vez al libre desarrollo de la personalidad. En el Caso Lüth,³⁵ el Tribunal estableció el *efecto irradiador* y el *efecto horizontal de los derechos fundamentales –drittwirkung–*, lo que conllevó la vinculatoriedad

³⁰ BVerfGE 12, 45 (51). Ernst Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 118.

³¹ González, *op. cit.*, pp. 27, 28.

³² Como bien lo sintetiza González, “La estructura de la Ley Fundamental de Bonn en este sentido es muy sencilla: el ser humano, la persona, la personalidad. Siguiendo esta idea básica el art. 1.2 LFB reconoce el respeto a los derechos fundamentales, estableciendo el art. 1.3 LFB su carácter vinculante frente a todos los poderes públicos sin excepción. Asimismo, mediante el art. 19.2 LFB se fija la imposibilidad de desconocimiento de la esencia de los derechos, llegando a limitar al poder de reforma constitucional en todo lo relativo a la dignidad humana en virtud de la cláusula de intangibilidad. Con el art. 2 comienza el catálogo concreto de derechos [...] y el art. 3.1 establece el principio general de igualdad. En el art. 19.4 LFB por último se convierten los derechos reclamables ante la justicia mediante el derecho a la tutela judicial efectiva” (González, *op. cit.*, pp. 25, 26).

³³ Benda, *op. cit.*, p. 117.

³⁴ BVerfGE 6, 32. Decisión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal de 16 de enero de 1957. Recurso de amparo interpuesto por Wilhelm Elfes.

³⁵ BVerfGE 7, 198. Decisión de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal de 15 de enero de 1958. Recurso de amparo interpuesto por el Erich Lüth.

de los derechos fundamentales y la “irradiación” del contenido de estos a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico,³⁶ incluso con alcance para regular y decidir también sobre los actos y los conflictos entre particulares.³⁷ Dichos precedentes pusieron sobre la mesa la discusión respecto de un marco objetivo de valores en la Constitución y, a su vez, de la dimensión objetiva y la subjetiva que poseen los derechos fundamentales.³⁸

Por lo que respecta a la actividad jurisdiccional en los Estados constitucionales latinoamericanos a partir del modelo alemán, el establecimiento de derechos fundamentales en los textos constitucionales no está en discusión; es más, la tendencia ha sido a extender los catálogos de derechos entendiendo dentro de estos, no solo a los derechos denominados clásicamente “civiles y políticos”, sino también hacia el reconocimiento pleno y efectivo de los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y de pueblos y comunidades indígenas, entre otros. Tampoco se niega, en general, la irradiación y el efecto horizontal que pueden tener estos derechos; las polémicas suelen darse respecto de los momentos y los mecanismos para determinar cuándo efectivamente dichos efectos se dan o se justifican y con qué alcance. En este sentido, las construcciones teóricas que se han desarrollado en América Latina para poder avanzar en la protección de toda la gama de derechos, superando precisamente las fuertes distinciones “clásicas” de derechos –que intentaban “partir” la realidad mediante distinciones analíticas superficiales, como la de entender los derechos sociales como algo *fuera* de la categoría “derechos fundamentales”–, se constituyen en un gran aporte latinoamericano al constitucionalismo contemporáneo.³⁹

1.3. La justicia constitucional y la estructura de los mecanismos procesales de protección/materialización de derechos fundamentales, con énfasis en el recurso de amparo o similares

Quién y cómo proteger esos derechos fundamentales es un tema complejo y muy extenso. En este punto, hay que recordar que, como se dijo, la forma del Estado

³⁶ A esta sentencia se han referido en ocasiones como el “Marbury contra Madison alemán” en cuanto “funda un nuevo sistema de derechos” (Wahl, citado en González, *op. cit.*, pp. 36, 37, n. 98).

³⁷ Véase Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.

³⁸ Ernst W. Böckenförde comentó: “En el curso de la interpretación de los derechos fundamentales se dio un paso en dirección al cambio constitucional, esto es, hacia una modificación del contenido so capa de interpretación, con la doble cualificación de los derechos fundamentales postulada en Lüth, en la cual se los entiende no solo como derechos de libertad frente al Estado sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los ámbitos del derecho” (Ernst W. Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, *op. cit.*, pp. 191, 192).

³⁹ V. g., criterios como el de *conexidad* y luego el de *transmutación*, desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Véanse, entre otras, las sentencias T-859/03 y T-860/03.

constitucional de derecho evoca la existencia de un catálogo de derechos que vinculen al poder, pero también de instancias de control que garanticen dichos derechos. La LFB se decantó por crear un Tribunal Constitucional con un arsenal de competencias sin precedentes. Superando la concepción kelseniana del tribunal constitucional como legislador negativo, este nuevo tribunal pasó a tener no solo atribuciones de control abstracto de la ley vía acción de inconstitucionalidad de normas, sino también la facultad de conocer y controlar, mediante un examen de constitucionalidad vía recurso de amparo,⁴⁰ las decisiones judiciales finales o de última instancia que se emitan dentro del sistema de justicia ordinario, siendo, además, sus decisiones obligatorias y vinculantes para el resto de los poderes del Estado.⁴¹

Ahora bien, este diseño, de la mano de reconocer el fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, supone una forma compartida de la protección de los derechos fundamentales, pues la justicia *ordinaria*, al sustanciar cada una de las causas de su competencia, dentro de la formalidad y ritualidad propia de cada proceso judicial ordinario, y de acuerdo con su materia, es la encargada inicialmente de hacer valer y proteger los derechos fundamentales mediante el control de la legalidad común, pero, claro está, todo ello a la luz de los preceptos constitucionales aplicables a cada caso. Es decir, hay que acudir primero a ella –la jurisdicción ordinaria y sus procedimientos–, y el TCF intervendría solo de forma subsidiaria –salvo ciertas excepciones–, vía recurso de amparo, realizando un control final de constitucionalidad y solo una vez que se hayan agotado efectivamente todas las vías e instancias disponibles en la jurisdicción ordinaria. Este modelo fue adoptado, pero con matices, por la Constitución española de 1978 y su Tribunal Constitucional. En estos países, a grandes rasgos, ‘jurisdicción constitucional’, entonces, hace referencia al ejercicio de las competencias de los tribunales constitucionales, donde la jurisdicción ordinaria también debe velar por la protección de los derechos fundamentales, pero dentro de la esfera de sus competencias comunes, de legalidad ordinaria.

En Latinoamérica, si bien existe la institución jurídica del amparo en casi todos los países, sus diseños se apartan notoriamente del alemán. Varios países de la región han desarrollado modelos en los que se puede acudir a los jueces del sistema de justicia ordinaria para solicitar la tutela o protección directa y focalizada en los derechos fundamentales constitucionales. Así, los jueces ordinarios, al conocer

⁴⁰ Que, como se ha dicho, es la institución procesal mediante la cual las personas acceden mayoritariamente al TCF y en la que se resuelven más casos.

⁴¹ Queda claro, entonces, que la vieja disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt sobre quién debía ser el *defensor de la Constitución*, finalmente se terminó resolviendo en favor de Kelsen, a pesar de que los actuales tribunales constitucionales no se parezcan en absoluto al diseño de tribunal constitucional que el mismo Kelsen bosquejó (Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995. Véase Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2018, pp. 215 ss.).

ciertas acciones inmediatas y expeditas, se *invisten* temporalmente de jurisdicción y competencias constitucionales, y resuelven rápidamente en dichos procesos como jueces de constitucionalidad –procesos que a su vez no se rigen por la formalidad y ritualidad propia de los procesos ordinarios o comunes–. Es decir, en estos procesos el parámetro de control es directamente la constitución en relación con la posible vulneración de derechos fundamentales que se estaría alegando, sin reparar en los aspectos de la legalidad ordinaria del caso planteado. En otras palabras, en estas acciones procesales los jueces ordinarios resuelven de manera prioritaria y directa desde la constitución asuntos que se relacionan con derechos fundamentales. No obstante –y esto es muy relevante–, en estos modelos también es posible que mediante sistemas de recursos o mecanismos de selección y revisión, las decisiones tomadas por los jueces ordinarios sobre derechos fundamentales en procedimientos sumarios sean revisadas y controladas, a su vez, por los respectivos tribunales o cortes constitucionales.

Algunos ejemplos de estos modelos latinoamericanos son: la *acción de tutela* en Colombia,⁴² la *acción ordinaria de protección* y la *acción extraordinaria de protección* en Ecuador,⁴³ y el *amparo directo e indirecto* en México.⁴⁴ Respecto de estos modelos, cada cierto tiempo y con diversas intensidades surgen en estos países debates y propuestas para reformarlos e incluso eliminarlos, siendo uno de los argumentos recurrentes para ello la sobrecarga de casos que generan.⁴⁵

⁴² La *acción de tutela* la conocen y resuelven los jueces del sistema ordinario de justicia pero mediante un proceso preferente y sumario –no ordinario–; eventual y finalmente puede ser seleccionada para revisión de la Corte Constitucional. Solo de manera excepcional es posible demandar vía tutela la inconstitucionalidad de una decisión judicial.

⁴³ La *acción de protección* constitucional es conocida y resuelta por jueces del sistema ordinario de justicia mediante un procedimiento rápido y prioritario que no es de jurisdicción ordinaria sino constitucional, y luego, mediante una *acción extraordinaria de protección*, es posible comparecer ante la Corte Constitucional demandando protección constitucional contra las decisiones judiciales, siempre que sean de última instancia. Esto, de facto, ha convertido a la Corte en una “cuarta instancia” de casación constitucional.

⁴⁴ El *amparo* se ha constituido en la columna vertebral del sistema judicial a través del uso de los *amparos directos e indirectos*, los cuales, vistas ciertas circunstancias y satisfechos los requisitos formales y procesales, son conocidos por jueces ordinarios y pueden ser elevados o “atraídos” luego por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su resolución final.

⁴⁵ En Colombia, por ejemplo, la idea de reformas de la justicia que impliquen a su vez modificaciones de la acción de tutela es un tema que ha sonado varias veces. La más reciente se dio en 2018, donde se habló también de unificar las altas cortes en una única corte o tribunal. No obstante, como es conocido, aquellas propuestas no han prosperado. Sobre este tema, véase Maximiliano Aramburo, “¿Cuántas cortes son muchas cortes?”, *Revista Derecho - Debates y Personas*, núm. 14. Disponible en: www.academia.edu/37286161/_Cuántas_cortes_son_muchas_cortes. Por su parte, en Ecuador, mediante un proyecto de enmienda constitucional que versaba sobre varios temas, se intentó limitar el objeto de la acción de protección. La Corte Constitucional realizó un control previo de dicho proyecto de enmiendas constitucionales y, mediante Dictamen 001-14-DRC-CC de 2014, resolvió que lo perseguido vía enmienda constitucional en ese punto “pretende una reestructuración del objeto directo y eficaz de

No obstante, si se profundiza un poco más en el resultado material que buscan estos procesos, se concluirá que efectivamente todos estos modelos de amparo o tutela de derechos latinoamericanos persiguen la misma finalidad que el alemán, esto es, que todos los actos de poder, incluyendo también las decisiones judiciales, puedan tener un control final de constitucionalidad llevado a cabo por los tribunales/cortes/salas constitucionales.

Muchas y de muy variada índole pueden ser las causas que expliquen las diferencias entre todos estos modelos. Considero que, si uno es consciente de que, *v. g.*, así como los servicios de sanidad, la asistencia social o las condiciones laborales efectivamente no son las mismas en Alemania y España que en los países latinoamericanos,⁴⁶ así tampoco lo son sus sistemas de justicia ordinaria. En América Latina, el diseño constitucional ha debido reaccionar así ante la desidia de las políticas públicas que se relacionan con derechos fundamentales y prestacionales, y a la ineficacia de los procesos de justicia ordinaria para suplirlo, estableciendo entonces procesos judiciales preferentes, sumarios y paralelos a los ordinarios, enfocados en los derechos fundamentales.

1.4. El rol competencial –formal y material– que ocupan los tribunales/cortes/salas constitucionales y los órganos de la jurisdicción (justicia) ordinaria

En línea con el punto anterior, ante la posibilidad de que el TCF alemán revise y, de ser el caso, deje sin efecto el acto o la decisión del tribunal ordinario y establezca los lineamientos que deberán seguir las demás autoridades públicas, surge la polémica sobre los límites competenciales de los tribunales constitucionales y la división de poderes como componente del modelo de Estado.⁴⁷ Un primer aspecto es la discusión –ya existente, por cierto, en el derecho anglosajón– sobre una supuesta falta de legitimidad democrática de los jueces y el control de constitucionalidad de las

protección de la garantía jurisdiccional, por lo cual procede que sea tramitada a través de Asamblea constituyente”, y no mediante el trámite de enmienda constitucional que requiere solo debates en el interior de la Asamblea Nacional (Congreso). Así, la enmienda en ese tema concreto no prosperó (Danny José Cevallos, “La reforma constitucional en Ecuador. Procedimiento y algunas reflexiones”, en Carolina León, Víctor Alejandro Wong y Juan Luis Sosa (coords.), *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado*, México, Editorial Lex, 2017, p. 207).

⁴⁶ Que me parece que es, al menos en parte, a lo que Carrió hacía referencia con la idea de “los problemas del subdesarrollo”, al establecer como un *quinto foco* de problemas relacionados con la protección de derechos humanos a los “problemas del subdesarrollo de muchas comunidades nacionales en su vinculación con la efectiva consagración y defensa de los derechos humanos, principalmente los de contenido económico, social y cultural” (Genaro R. Carrió, *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 63, 64).

⁴⁷ *V. g.*, Jürgen Habermas, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, en *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 311-361.

leyes –*judicial review*–.⁴⁸ Como segundo aspecto la independencia “interna” y los posibles conflictos de competencia material entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria;⁴⁹ esto es, la discusión respecto de quién debe tener la decisión final de acuerdo con la materia *litis*: si el Tribunal Supremo Federal en asuntos de normativa legal ordinaria y especializada (civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, etc.), o el Tribunal Constitucional Federal mediante su facultad de revisión de cualquiera de las decisiones judiciales ordinarias pero respecto a su constitucionalidad como parámetro de control, pudiendo dejar sin efectos dichas decisiones.

La relevancia de este tema aquí se justifica pues se constata la posibilidad de que el TCF, vía recurso de amparo contra una decisión judicial, “está ante el peligro de adoptar una decisión que en el fondo sea una revisión ulterior, una superrevisión, o de decidir de nuevo sobre la determinación y valoración de hechos; es decir, abrir una superinstancia para determinar los hechos”.⁵⁰ Es decir, el problema estaría en que, bajo el argumento de controlar la constitucionalidad de las decisiones de la justicia ordinaria y verificar que aquellas no vulneren derechos fundamentales, el TCF puede incurrir en el desliz de ejercer facultades propias de la jurisdicción ordinaria, *v. g.*, como la de entrar a fijar y valorar los hechos dentro del proceso ordinario bajo los parámetros de legalidad ordinaria, según la materia. Esto fue ya advertido por el propio TCF en su fase temprana,⁵¹ y desde entonces jurisprudencialmente “ha intentado racionalizarlo a lo largo de ella [de su jurisprudencia] y también se discute constantemente sobre ello en la doctrina”.⁵²

De lo anterior, en términos prácticos, el TCF se ha impuesto en su papel jerárquico de guardián último de la Constitución; no obstante, la discusión y la revisión teórica sobre si eso efectivamente debería ser así, se sigue discutiendo. Y es que parece que ello es una cuestión irresoluble en términos definitorios, siendo una especie de “tensión” que hay que ir resolviendo en cada caso, producto de la participación de ambas jurisdicciones en el deber de cuidar de los derechos fundamentales, derechos que, a su vez, como consecuencia del efecto irradiación, se encuentran dispersos y relacionados argumentativamente sobre todo el conjunto del ordenamiento jurídico, tanto en los aspectos formales como en los materiales. Así, entonces, la solución final debería pasar por una cuestión de autocontención o moderación del propio TCF en esos aspectos.⁵³

⁴⁸ Mark Tushnet, *Constitucionalismo y judicial review*, Lima, Palestra, 2013.

⁴⁹ Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92.

⁵⁰ Christian Starck, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 100.

⁵¹ *BVerfGE* 1, 418 (420). *Ibid.*, p. 100; nota al pie 261.

⁵² *Ibid.*, p. 100.

⁵³ Respecto de la moderación del propio Tribunal Constitucional en su quehacer, Christine Hohmann-Dennhardt, exmagistrada de dicho organismo, comentó que el TCF “se atiene

Similares dificultades se han presentado también en España y varios países de América Latina, donde se han registrado episodios del llamado “choque de trenes”; esto es, de disputas que han confrontado a los tribunales/cortes constitucionales frente a los respectivos tribunales/cortes supremas u otra alta corte establecida en el sistema constitucional (el Consejo de Estado colombiano, v. g.). Aquí también, siguiendo a Alemania, en la práctica el asunto se ha terminado por zanjar a favor de los tribunales/cortes constitucionales, aunque ciertamente la discusión en términos teóricos sigue abierta con respecto a las fronteras entre el quehacer de jueces ordinarios y de jueces constitucionales y cómo articularse en materia de protección de derechos fundamentales (¿jurisdicción de normas, de tipo de conflictos, de tipo de derechos?).

1.5. Cuestiones teóricas relacionadas con la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos

Del fenómeno de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos⁵⁴ derivan, a más de cuestiones estructurales y competenciales, una serie de complejas cuestiones de teoría y filosofía jurídicas especialmente relevantes en el momento de operar con materiales constitucionales. Ejemplo de esto son temas como: i) la delimitación del “núcleo duro” o *contenido esencial* de los derechos fundamentales;⁵⁵ ii) la determinación de la dimensión *objetiva y subjetiva* de los derechos fundamentales, y del marco de valores en un ordenamiento constitucional; iii) la distinción *principio/regla* como forma jurídica del establecimiento normativo de derechos fundamentales;

a la comprobación de los hechos efectuada por los tribunales y parte de las circunstancias en que estos han basado sus decisiones. Si los tribunales han abordado y ponderado en sus decisiones las respectivas posiciones de las partes en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal mantendrá por regla general tales resoluciones, aun cuando la ponderación pudiera haber llegado a una conclusión distinta. Solo cuando los tribunales no han percibido en sus resoluciones la relevancia de un derecho fundamental que deba tenerse en cuenta, o bien la han soslayado por completo, ello entrañará la inconstitucionalidad y la nulidad de tales decisiones. Lo mismo cabe afirmar cuando una sentencia no sea sólida ni sostenible desde ningún punto de vista y, por tanto, infrinja la prohibición de arbitrariedad, o bien cuando haya sido adoptada con vulneración de normas procesales básicas propias de un Estado de derecho que, de conformidad con nuestra Constitución, deban ser observadas” (Christine Hohmann, “División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal”, en *Las constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 11, 12).

⁵⁴ Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-164. Véase también, Josep Aguiló, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 666, 667.

⁵⁵ Juan Carlos Gavara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 218 ss.

iv) la determinación de los criterios y métodos de *interpretación* y aplicación de los derechos fundamentales⁵⁶ y cómo operar con la *proporcionalidad*,⁵⁷ la *ponderación* y la *subsunción*;⁵⁸ v) la necesidad y relevancia de la *argumentación jurídica*;⁵⁹ vi) el activismo judicial⁶⁰ y los límites materiales de los jueces –hasta dónde *deben* y *pueden* ir–, especialmente en lo relacionado con el control de constitucionalidad de leyes y de los actos de poder de las autoridades democráticas; y vii) la conexión necesaria o no entre el derecho y la moral, o del límite entre estos dos sistemas normativos en el constitucionalismo contemporáneo.

Es precisamente en la jurisprudencia y en la dogmática sentada por el TCF al aplicar la LFB donde han surgido, *prima facie*, muchos de estos temas que luego han resonado en los países latinoamericanos con diversos resultados e intensidades. No son pocas las veces en que órganos jurisdiccionales latinoamericanos han hecho referencia en sus decisiones a la LFB o a la jurisprudencia del TCF alemán;⁶¹ e incluso en ocasiones se ha hecho uso expreso de propuestas teóricas desarrolladas por autores alemanes.⁶²

⁵⁶ Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit.; Martin Borowski, “La estructura de los derechos fundamentales”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; e Isabel Lifante, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018. Véase también, Guastini, *Filosofía del derecho positivo*, op. cit., pp. 243 ss.

⁵⁷ Rainer Arnold, José Ignacio Martínez, Francisco Zúñiga, “El principio de proporcionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios constitucionales*, núm. 1, 2012, pp. 65-116.

⁵⁸ Bernal, *El derecho de los derechos*, op. cit., pp. 93 ss.

⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit.; Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit.; *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006; *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003.

⁶⁰ Jesús Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 123-150; Henrik López, “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 171-192; Alí Lozada, “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 211-226.

⁶¹ V. g., en el cuerpo o como notas al pie, en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana: T-002/92, C-544/92, SU-339/11, T-135/14, C-332/17, C-076/18, entre otras; del Tribunal Constitucional peruano: 0895-2001-AA, 00014-2002-AL, 0042-2004-AL, 01567-2006-AA, 00008-2012-AL, entre otras; del Tribunal Constitucional chileno: 2273-12, 2881-15, 3146-16, 5572-18, entre otras; de la Corte Constitucional ecuatoriana: 012-09-SEP-CC, 003-10-SEP-CC, 001-14-PJO-CC, 028-14-SEP-CC, entre otras.

⁶² Es el caso de la Sentencia 002-09-SAN-CC, emitida por la entonces Corte Constitucional para el periodo de transición de Ecuador. La Corte se decantó por aplicar de manera expresa la denominada “fórmula del peso” alexiana (pp. 31 y ss.) para decidir así si efectivamente cierta normativa jurídica restringía de manera injustificada el ejercicio de derechos constitucionales. No obstante, la Corte hizo un uso matizado o “adaptado” de la fórmula, pues decidió no aplicar la variable del “peso abstracto”, en razón de que –indicó– según el artículo 11.6 de la Constitución ecuatoriana, todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía (léase, entonces, según la Corte, de igual “peso abstracto”).

Ahora bien, si se pretende responder de forma articulada a todas las cuestiones jurídicas planteadas es necesario fijar una posición teórica, esto es, adoptar como punto de partida una concepción del derecho, y desde ahí identificar puntos de conexión y claves de solución, si ello es posible. Sobre las concepciones del derecho que se discuten para el Estado constitucional, muy *grosso modo* puede decirse que el tema pasa por determinar si: i) el *iuspositivismo* –en alguna de sus variantes– continúa siendo una teoría adecuada para operar jurídicamente de forma satisfactoria en los Estados constitucionales; ii) si el constitucionalismo actual estaría exigiendo un regreso a alguna clase de *iusnaturalismo* (racionalista, *v. g.*); o iii) ambos modelos teóricos resultan ya insuficientes y se necesita pensar –construir– un nuevo modelo que dé cuenta efectivamente de todo el fenómeno jurídico del Estado constitucional. Cada posición ha tenido sus animados defensores y detractores, tanto en Alemania como en América Latina.

Sobre esta discusión de concepciones del derecho, que entiendo como medular pues se proyecta sobre todos los demás temas, simplificando mucho diré: actualmente la posición *iusnaturalista* parece ser la que menor apoyo encuentra, no obstante el (re)surgimiento y acogida en la jurisprudencia constitucional alemana de algunos criterios que parecerían identificarse con aquella posición teórica. Ejemplo de ello es la invocación de la conocida fórmula de Radbruch –el derecho “injusto”–.⁶³ Por otra parte, el positivismo jurídico, luego de cierta reivindicación,⁶⁴ ha procurado

⁶³ Gustav Radbruch, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009, pp. 25-42; “Cinco minutos de filosofía del derecho”, en *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009, pp. 71-74; *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 178-180. Véase también, Robert Alexy, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 205. Sobre derecho *metapositivo*, véase Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010, pp. 60-68, 88, 89.

⁶⁴ En la posguerra, al positivismo jurídico se le “atribuía responsabilidad directa por la situación de la arbitrariedad legal que padecía Alemania a partir de 1933”; no obstante, Garzón Valdés aclararía que “interesante es también señalar que ya durante la época de Hitler el positivismo kelseniano había sido rechazado como opuesto a la ideología nacionalsocialista [...] La teoría pura del derecho era ‘inútil por ser una teoría del Estado sin Estado, que ha conducido a una supervaloración del individuo’. Todavía en 1943, Walter Schönfel decía: ‘Sería difícil demostrar el origen ario del positivismo porque está demasiado influenciado y promovido por el espíritu judío’. La explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacionalsocialista a través de la actitud iuspositivista de los juristas es histórica y conceptualmente falsa. Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo que veía en el *Führer* al ‘único legislador’ de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania” (Ernesto Garzón, “Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 235-237). Véase también, Antonio Peña, “¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 45, octubre, 2016, pp. 33 ss.

adaptarse. Un ejemplo de sus variantes “perfeccionadas” –y que es, me parece, la más difundida y discutida– es el *iuspositivismo garantista* en la propuesta teórica de Luigi Ferrajoli,⁶⁵ autor que se distancia de lo que él denomina “paleo-iuspositivismo”,⁶⁶ en relación con las posiciones iuspositivistas fuertemente formalistas. Por último, en cuanto a la propuesta de pensar una nueva teoría, se suele hablar de concepciones como la *postpositivista*, *no-positivista*, y la *neoconstitucionalista* que, en síntesis, propondrían una superación (en el caso del postpositivismo) o un abandono (en el caso del neoconstitucionalismo) de la concepción positivista del derecho, en favor del reconocimiento de una primacía del contenido valorativo (moral) de las constituciones y no ya de sus formas, sin que *necesariamente* se confunda aquí al derecho con la moral. Ello es lo que ha llevado a retomar la vieja discusión sobre la separación absoluta o no entre estos dos sistemas normativos.⁶⁷

Ahora, se debe tener claro que la concepción postpositivista se distingue y se distancia de la neoconstitucionalista. Se debería incluso descartar la expresión ‘neoconstitucionalismo’, pues ella no es precisa para referirse a una teoría jurídica o concepción del derecho.⁶⁸ Esta denominación o expresión confunde el *constitucionalismo jurídico* con el *constitucionalismo político*,⁶⁹ y, a su vez, el uso de dicha

⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009; *Principia iuris*, Madrid, Trotta, 2011. Véase también, Luigi Ferrajoli “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53. En sentido crítico, véase Josep Aguiló, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 55-71.

⁶⁶ Luigi Ferrajoli, “El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neousnaturalismo”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 311-360.

⁶⁷ Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

⁶⁸ O simplemente, como dice Manuel Atienza, el neoconstitucionalismo “no se sabe qué es” (Manuel Atienza, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 117 ss.). Véase también, Susana Pozzolo, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353, que es el texto que habría introducido la expresión ‘neoconstitucionalismo’, aunque su autora curiosamente lo haya acuñado en sentido peyorativo. Sobre el tema, véase también, Carlos Bernal, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 79-119; Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, donde, casi paradójicamente, la mayoría de los autores que allí escriben no se denominarían o no se reconocerían a sí mismos como “neoconstitucionalistas”.

⁶⁹ Desde una dimensión histórico-política-institucional sí cabe hablar de algo ‘nuevo’ respecto del *constitucionalismo político* anterior y, por ende, el uso del prefijo *neo*, en contraste con los textos constitucionales anteriores, podría ser descriptivamente apropiado. Lo que *no* es descriptivamente apropiado es denominar como *neoconstitucional* a una teoría jurídica o concepción del derecho, pues previo al *constitucionalismo jurídico* actual no ha existido antes una teoría del derecho llamada ‘constitucionalismo’ a la cual le fuere aplicable el prefijo ‘neo’ –solo están previamente el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* (con todos los modelos y variantes agrupadas en ellos)–. En definitiva, en cuanto a expresión como teoría jurídica, en

expresión en Latinoamérica ha llevado a confundir y ha estado asociada más bien con corrientes tendencialmente iusnaturalistas (o iusmoralistas).⁷⁰

Aclarado lo anterior, una de las particularidades de la concepción postpositivista⁷¹ está en que, si bien se reconoce la necesidad de atender a la *dimensión axiológica-valorativa* del constitucionalismo, ello no implica un abandono u olvido, siempre y sin más, de la también existente *dimensión formal-institucional* del constitucionalismo.⁷² Esto, porque se reconoce la importancia de preservar algunos de los elementos civilizatorios del iuspositivismo (como la certeza del derecho o la seguridad jurídica, *v. g.*); sin embargo, dichos elementos, a la luz de ciertos contextos materiales y sustantivos que exijan un desbordamiento de las formas, deberán abrirse argumentativamente a ser releídos e interpretados *también* desde la dimensión valorativa y *no solo* desde la formal-institucional, procurando así satisfacer *adecuadamente*, en un ejercicio de razonamiento práctico, los fines del Estado constitucional; es decir, siempre de manera justificada *dentro* del marco de lo *jurídicamente posible*, reconociendo los límites fácticos y competenciales que el Derecho impone –*v. g.*, en especial dentro de los llamados casos “difíciles”–.

Del postpositivismo en concreto también interesa comentar que se trata de una teoría desarrollada colectivamente desde diversas culturas que confluyen en ella. Así, uno de sus representantes es precisamente el alemán Robert Alexy, así como también es deudora de los aportes de latinoamericanos como Carlos Santiago Nino, o españoles como Manuel Atienza, entre muchos otros.

En síntesis, las dinámicas internas y las tensiones propias del constitucionalismo actual generan complejidades jurídicas, en sentido estricto, que se presentan tanto en el constitucionalismo alemán como en el latinoamericano. En ambos casos es necesario fijar una posición teórica general, transversal, una concepción del derecho para el Estado constitucional –que de fondo compartimos–, que permita arribar a los mejores resultados prácticos posibles dentro de una dinámica valorativa-institucional. Para ello, creo que la LFB y el TCF han marcado ya algunas pautas, aunque a veces no sean claras, o se desvíen y deban volver a encaminarse teóricamente.

el término ‘neoconstitucionalismo’ el prefijo neo está de más y crea confusión (Atienza, *ibid.*, p. 118).

⁷⁰ Al ‘neoconstitucionalismo’ se lo ha invocado tanto para *intentar justificar* decisiones “bien intencionadas” pero teóricamente equivocadas, como para querer cubrir con un aparente *ropaje de legitimidad de los derechos* decisiones espurias que solapan posiciones ideológicas y políticas que nada tienen que ver con el constitucionalismo jurídico bien entendido.

⁷¹ Por simplificación diré aquí que el *postpositivismo* presupone algún grado de *no positivismo*.

⁷² Para efectos comparativos de las teorías, aquí asumo que la *dimensión axiológica-valorativa* del constitucionalismo será la única que, por decirlo de algún modo, le interesará a una concepción *iusnaturalista* del derecho. Por su parte, la *dimensión formal-institucional* del constitucionalismo será, a su vez, la única que le interesará a una concepción *iuspositivista* del derecho. Ahora, aclaro que esto lo presento aquí de manera muy general, “pintándolo con brocha muy gruesa”, a fin de reducir a lo esencial la exposición; no obstante, soy consciente de que tanto el *iusnaturalismo* como el *iuspositivismo* quieren decir y abarcar mucho más.

A modo de conclusión

En este trabajo he intentado defender la idea de que los principales temas, conceptos y problemas con los que se opera y simultáneamente se discuten en el quehacer jurídico de América Latina, principalmente en el derecho constitucional, derivan en algún sentido de la LFB y la jurisprudencia del TCF alemán. Y es que en estos últimos es donde se concibieron y desde donde se expandieron la mayoría de los elementos teóricos del modelo del Estado constitucional, al menos desde la perspectiva de los países de tradición jurídica romano-germánica –*civil law*–. En otras palabras, muchos de los principales elementos constitutivos de nuestros constitucionalismos se originan en el constitucionalismo alemán. Es cierto que en nuestros países cada vez se pueden apreciar más elementos del *common law* y del constitucionalismo norteamericano –político, me parece–, pero mi interés aquí ha sido evidenciar la resonancia de lo que se nos ha aportado desde el constitucionalismo alemán, directa o indirectamente, y que, creo, en nuestra cultura tiene un alcance mucho mayor del que comúnmente pensaríamos.

Ahora bien, que esos elementos originarios hayan evolucionado o involucionado, se hayan transformado, e incluso pretendan ser superados de forma diversa –mixta– en cada uno de los países, es cosa distinta. Las formas, modos, grados e intensidades de la recepción –crítica o acrítica– y su desarrollo, naturalmente han estado condicionadas por las circunstancias contextuales e idiosincrásicas de cada uno de los países. Sin embargo, creo que es válido, cooperativo y necesario el ejercicio de trazar líneas teóricas generales, transversales, y en las cuales sea posible identificar y ubicar uno o varios de esos temas y problemas. Si eso es así, implica que es correcto sostener que hay lugares comunes –y desafíos comunes– entre los países latinoamericanos y Alemania, en lo que a constitucionalismo se refiere.

Los temas/problemas compartidos de teoría y filosofía jurídica que aquí apenas se han enunciado, solo podrán ser abordados satisfactoriamente –para obtener *buenos* resultados prácticos en la aplicación del derecho–, adoptando una *buena* teoría, una *adecuada* concepción del derecho; claro está, si es que aquello es posible. Para ambos lados del Atlántico, una teoría *postpositivista* que presuponga una concepción *argumentativa* del derecho, parece perfilarse como la teoría jurídica más adecuada para desarrollar y defender el Estado constitucional de derecho,⁷³ ese por cuya real y efectiva implantación se lucha en América Latina y que encuentra varias de sus raíces en la Ley Fundamental de Bonn, en el Tribunal Constitucional Federal alemán y en las batallas que estos han librado por la dignidad humana.

⁷³ Véase Josep Aguiló, “En defensa del Estado constitucional de derecho”, *Doxa*, núm. 42, 2019, pp. 85-100.

Bibliografía

- ABENDROTH, Wolfgang, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- AGUILÓ, Josep, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 55-71.
- _____, *En defensa del Estado constitucional de derecho*. *Doxa*, núm. 42, 2019, pp. 85-100.
- _____, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa*, núm. 30, 2007, pp. 665-675.
- ALÁEZ, Benito y Leonardo ÁLVAREZ, “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALEXY, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 197-230.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ARAMBURO, Maximiliano, *¿Cuántas cortes son muchas cortes?* Disponible en: www.academia.edu/37286161/_Cuántas_cortes_son_muchas_cortes
- ARNOLD, Rainer, José Ignacio MARTÍNEZ y Francisco ZÚÑIGA, “El principio de proporcionalidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2012, pp. 65-116.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, 2003.
- _____, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- _____, “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *Doxa*, núm. 30, 2007.
- _____, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- _____, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- BACHOF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 56, mayo-agosto, 1986, pp. 837-852.
- _____, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra, 2010.
- BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst BENDA et al., *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BÁRCENA, Josu de Miguel y Javier TAJADURA, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2018.

- BERNAL, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- _____, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst W. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- _____, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARRÍO, Genaro R., *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CASA DE LA CULTURA ECUATORIANA, *Boletín de informaciones científicas nacionales*, vol. 11, núm. 90, Quito, 1959. Disponible en: repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/11845.
- CEVALLOS, Danny José, “Reflexiones sobre el derecho a la vida y a la dignidad humana en relación a la sentencia BvR 357/05 del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Didasc@lia: Didáctica y Educación*, vol. 6, núm. 6 (especial) diciembre, 2015, pp. 235-255. Disponible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6678488
- _____, “La Reforma Constitucional en Ecuador. Procedimiento y algunas reflexiones”, en Carolina LEÓN, Víctor Alejandro WONG y Juan Luis SOSA (coords.), *La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado*, México, Editorial Lex, 2017.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9ª. ed., Madrid, Taurus, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53.
- _____, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009.
- _____, “El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 311-360.
- _____, “*Principia iuris*”, 1. *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011.
- GARCÍA, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en Ricardo SANÍN (coord.), *Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006.
- GARZÓN, Ernesto, “Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GAVARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GONZÁLEZ, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2010.

- GUASTINI, Riccardo, *Filosofía del derecho positivo. Manual de teoría del derecho en el Estado constitucional*, Lima, Palestra, 2018.
- _____, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- HÄBERLE, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, en Diego GARCÍA y FRANCISCO FERNÁNDEZ (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
- HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.
- _____, “Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 99-122.
- HOHMANN, Christine, “División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal”, en *Las constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. Disponible en: www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- LIFANTE, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- _____, “El guardián de la Constitución”, en Rafael ESCUDERO y Sebastián MARTÍN (coords.), *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución*, Madrid, Akal, 2018.
- LÓPEZ, Pablo, “Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, 1998, pp. 115-151.
- LÓPEZ, Henrik, “Separación de poderes, políticas públicas y activismo judicial: una discusión a partir de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre una política pública”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 171-192.
- LOZADA, Alí, “Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 211-226.
- LOZADA, Alí y Catherine RICAURTE, *Manual de argumentación constitucional. Propuesta de un método*, Quito, Corte Constitucional de Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2015.
- LUCAS, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*, Madrid, Tecnos, 1987.
- MALEM, Jorge, “Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 399-411.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- PEÑA, Antonio, “¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 45, octubre, 2016, pp. 11-46.

- POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, julio-septiembre, 1993, pp. 23-45.
- POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 339-353.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- _____, *Filosofía del derecho*, 4ª. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- _____, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 2009.
- SCHARNHOLZ, Lars y Alexandra TORO, “La influencia alemana en el proceso de industrialización en Colombia”, *Apuntes. Revista de Estudios sobre Patrimonio Cultural*, vol. 27, núm. 2, 2014, pp. 60-77. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.apc27-2.iapi>
- SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Ernst BENDA *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- STARCK, Christian, *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2011.
- STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre, 1988, pp. 261-277.
- TUSHNET, Mark, *Constitucionalismo y judicial review*, Lima, Palestra, 2013.
- UNGER, Mark, “Sesenta años de la Ley Fundamental Alemana - De un provisorio con una larga vida”, *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 301-316.
- VEGA, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Doxa*, núm. 41, 2018, pp. 123-150.

Jorge Benavides Ordóñez* (Ecuador)

Influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sobre la Constitución ecuatoriana de 2008

RESUMEN

El presente trabajo da cuenta de la influencia que ha ejercido la Ley Fundamental de Bonn de 1949 respecto del constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, la comparación que se llevará a cabo en las líneas que siguen será con la Constitución ecuatoriana en vigor a partir de 2008, en aspectos como los derechos, la existencia de cláusulas de intangibilidad y el papel que desempeña la justicia constitucional como guardiana del modelo organizativo diseñado por la Constitución.

Palabras clave: cláusulas de intangibilidad, Constitución ecuatoriana, Ley Fundamental.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Einfluss des Bonner Grundgesetzes von 1949 auf den heutigen Konstitutionalismus. Aus dieser Perspektive wird auf den folgenden Seiten ein Vergleich mit drei Aspekten der 2008 in Kraft getretenen Verfassung Ecuadors vorgenommen: die verbrieften Rechte, die Existenz von Unantastbarkeitsklauseln und die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüterin des durch die Verfassung definierten Ordnungsrahmens.

Schlagwörter: Unantastbarkeitsklausel, ecuadorianische Verfassung, Grundgesetz.

ABSTRACT

This work discusses the influence exercised by the Basic Law of Bonn of 1949 with respect to contemporary constitutionalism. A comparison will be made along the

* Doctor y máster en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla; abogado Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad UTE y profesor contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.
benavidesordonez@yahoo.es

following lines with the 2008 Ecuadorian Constitution, with regard to such aspects as rights, the existence of intangibility clauses, and the role played by constitutional justice as guardian of the organizational model designed by the Constitution.

Key words: intangibility clauses, Ecuadorian Constitution, Basic Law.

Introducción

Escribir sobre la conmemoración de un aniversario de un texto constitucional brinda, como señala Pedro Cruz Villalón, la posibilidad de hacer un ejercicio de derecho comparado,¹ que conduzca a determinar el grado de influencia o, incluso, de recepción de la constitución analizada respecto de otros textos. Ciertamente no se puede negar el diálogo entre experiencias jurídicas y las recepciones mutuas que se producen entre los distintos ordenamientos a lo largo del tiempo. Estas consideraciones cobran particular relevancia, si se toma en cuenta que la Constitución a ser conmemorada por su 70 aniversario es la Ley Fundamental de Alemania, la cual, a pesar de haber surgido en un contexto complejo, en 1949, con el transcurso del tiempo ha ido ganándose un puesto de gran relevancia, dentro de la historia no solo del constitucionalismo alemán sino del constitucionalismo contemporáneo. En este sentido, el presente trabajo pretende dar cuenta de la influencia de la Ley Fundamental en la Constitución ecuatoriana en vigor a partir de 2008, en aspectos como los derechos, la existencia de cláusulas de intangibilidad y el papel que desempeña la justicia constitucional como guardiana del modelo organizativo diseñado por la Constitución. De ahí que, en un primer momento, se hará una descripción de la Ley Fundamental, para posteriormente hacer lo mismo con la Constitución ecuatoriana, luego de lo cual nos centraremos en aquellas características garantistas o fundamentalistas de la Ley Fundamental que, a pesar de las diferencias de contexto y tiempo, son contempladas de modo equivalente por el constitucionalismo ecuatoriano. Se trata, por tanto, de una comparación, principalmente, de disposiciones constitucionales.

1. Descripción de la Ley Fundamental de Bonn

Para la celebración del 70 aniversario de la Ley Fundamental de Bonn, Dieter Grimm afirmaba que esta que entró en vigor el 23 de mayo de 1949 no era la misma, si se comprendía la identidad de un texto constitucional, en un sentido literal, esto es, que no haya sufrido reforma constitucional alguna; sin embargo, como también advierte Grimm, una interpretación de identidad de una Constitución no puede ser hecha

¹ Pedro Cruz, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 2006, p. 77.

con este criterio. Así, la identidad, por el contrario, vendría ligada a la idea de que el núcleo esencial de un texto constitucional no se altera, indistintamente de otras modificaciones menores a las que se hubiera sometido.² Esta descripción rige, con particular fuerza, si hablamos de la Ley Fundamental, en la medida en que 70 años después de haber entrado en vigencia, sus señales identitarias, que configuran un modelo garantista, se mantienen intactas, a pesar de las numerosas modificaciones que le han sido introducidas. La impronta garantista vendría dada, entre otras cosas, por el muy afamado artículo 79.3 de la Ley Fundamental, según el cual se excluyen de la reforma los principios fundamentales del orden constitucional contenidos en los artículos 1 (sobre dignidad humana) y 20 (sobre forma federal, democrática y social del Estado). En este sentido es que el artículo 79.3 puede ser entendido como cláusula de garantía de la identidad constitucional, que brinda continuidad, a pesar de efectuarse cambios constitucionales.³

La vocación protectora de derechos abrazada por la Ley Fundamental es definida por Hans Peter Schneider del siguiente modo:

Después de las experiencias del nacionalsocialismo y de la influencia de las ideas de las potencias de ocupación aliadas, el Consejo parlamentario quiso expresar de manera inequívoca que, con la dignidad humana como valor supremo, también los derechos del hombre y del ciudadano son inviolables en su contenido esencial y obligan a todos los poderes del Estado a respetarlos y protegerlos.⁴

Como es ampliamente sabido, el origen de la Ley Fundamental de Bonn fue complicado, al tratarse de un texto constitucional que nacía en unas condiciones históricas y políticas muy particulares que supusieron la división de Alemania en occidental y oriental. En este sentido, como advierte Grimm, la idea de una Constitución para la Alemania occidental se trató de una iniciativa impulsada por las potencias de ocupación, más que de una iniciativa alemana, de ahí que en un primer instante ella generara el rechazo de los gobiernos de los *Länder*, reconstituidos en la zona occidental, lo que trajo como consecuencia que la Ley Fundamental fuera ideada como un texto provisional, que debería ser superado, una vez se diera la reunificación. El carácter provisorio del documento puede observarse en el hecho de que, por un lado, se utiliza la expresión Ley Fundamental y no se habla de Constitución, y, por otro lado, no se conformó una Asamblea Constituyente a través de sufragio,

² Dieter Grimm, "Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, p. 264.

³ *Idem*.

⁴ Hans Peter Schneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, p. 124.

sino un Consejo Parlamentario que tuvo su origen en los *Länder* y, adicionalmente, fue un texto que no contó con la aprobación popular.⁵

No obstante, a pesar de que el punto de partida no fue muy halagüeño, la Ley Fundamental con el paso del tiempo se fue consolidando y, con ello, su importancia opera no solo para el constitucionalismo alemán sino para el constitucionalismo en general. En efecto, para Bruce Ackerman, el éxito simbólico de la Ley Fundamental es notable y de difícil reproducción, toda vez que a pesar de su origen “provisorio”, por las circunstancias que rodearon su gestación, ella ha llegado a convertirse en un símbolo de repudio del pasado nazi, así como en un punto de referencia de las democracias de nuestros días.⁶ A tal grado de afirmación y aceptación ha llegado 70 años después de su promulgación que, posterior a la reunificación de Alemania en los años noventa, la idea de texto provisorio fue perdiendo sentido, al punto que se mantiene vigente dicho texto, con las modificaciones necesarias; es decir, no se convocó a un proceso constituyente para que se adoptara una Constitución de la Alemania unificada que viniera a reemplazar la Ley Fundamental.⁷

Ciertamente, se debe tener presente que la experiencia totalitaria del régimen nacionalsocialista, que despreció al ser humano, así como a su libertad, como afirma Konrad Hesse, condujo a que, posterior a 1945, se configurara un nuevo ordenamiento jurídico alemán que en el mayor grado posible garantizara el cumplimiento de los derechos. De ahí que en el artículo 1 de la Ley Fundamental⁸ se hable del principio supremo, absoluto e intangible de la inviolabilidad de la dignidad humana.⁹ Entre las referencias alemanas en materia de derechos que han sido incorporadas con particular énfasis por otras experiencias constitucionales se muestra la garantía del contenido esencial de los derechos, que en un primer momento se expandió por algunos países europeos para, posteriormente, difundirse por otros continentes, al punto que, al decir de Peter Häberle, “la garantía del contenido esencial probablemente se haya tornado en el mayor éxito de exportación de la Ley Fundamental”.¹⁰ Por otra parte, se debe también al constitucionalismo alemán la doble dimensión de los derechos, esto es, en su sentido subjetivo como facultad, así como en su esfera

⁵ Grimm, *op. cit.*, p. 265.

⁶ Bruce Ackerman, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 54-55.

⁷ Como recuerda Rainer Arnold, la unificación alemana en 1990 operó por medio de un Tratado de Unificación, el cual implicó algunas modificaciones de la Ley Fundamental, entre las cuales destaca la introducción en las cláusulas transitorias y finales del artículo 143, por medio del cual se ofrece la posibilidad de alterar temporalmente el vigor de la Ley Fundamental en el territorio de los cinco nuevos *Länder* que fueron parte de la extinta República Democrática Alemana (Rainer Arnold, “La reforma constitucional en Alemania”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, p. 378).

⁸ Iniciales de *Grundgesetz*, Ley Fundamental en alemán.

⁹ Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 86.

¹⁰ Peter Häberle, “Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Häberle”, por Raúl Gustavo Ferreira, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2010, p. 384.

objetiva, como expresión de un orden objetivo de valores,¹¹ y así también la fuerza vinculante que ejercen los derechos sobre los poderes públicos y la eficacia entre particulares o *Drittwirkung*. Prescripciones constitucionales que han sido desarrolladas, posteriormente, de manera adecuada tanto por el Legislador como por el Tribunal Constitucional Federal, y por la doctrina.

Es pertinente tener en consideración que, al ser Alemania un país federal, las garantías de los derechos fundamentales en el derecho positivo comportan distintas vertientes, esto es que los derechos fundamentales se garantizan en la Ley Fundamental, así como en las constituciones de los *Länder*, a las cuales se suman los derechos fundamentales observados en el derecho internacional, como la Convención Europea para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que resultan en la práctica aplicables como derecho federal.¹²

2. Descripción de la Constitución de Ecuador

El texto constitucional en vigor en Ecuador fue aprobado por un referéndum que contó con el apoyo del 63,93% de los votos válidos, frente a un voto negativo que alcanzó el 28,10%. Se debe señalar que dicho texto fue redactado por una Asamblea Constituyente creada a consecuencia de un proceso de consulta popular efectuado el 15 de abril de 2007 y que gozó del respaldo del 81,72% de los votos válidos.¹³

El texto constitucional ecuatoriano de 2008 se caracteriza, principalmente, por el hecho de que los principios y las reglas que dan forma a los derechos y las garantías constitucionales son transversales a toda la Constitución. Dicha impronta que garantiza los derechos se condensa en el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, el cual define el Estado como constitucional de derechos y justicia,¹⁴ frente a la definición de Estado social de derecho que recogía su predecesora la Constitución de 1998. Se trata de una denominación novedosa, en la medida en que lo habitual ha

¹¹ Como señala Ernst-Wolfgang Böckenförde, la interpretación de los derechos fundamentales experimentó un importante cambio con el caso Lüth, en donde se dio paso a la doble cualificación de los derechos, esto es, que se comprende a los derechos no solo como libertades frente al Estado, sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez para todos los campos del derecho (Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 192).

¹² Hesse, *op. cit.*, p. 87.

¹³ *Diario el Comercio*, “Las consultas, un termómetro político”, Actualidad - Política, 7 de marzo de 2011.

¹⁴ El artículo 1 dispone: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

sido el señalar al Estado que surge con las revoluciones modernas como de derecho, es decir, el Estado donde gobernantes y gobernados se someten al derecho.

Algunas tesis sostienen que la categoría de Estado constitucional de derechos y justicia se trata de una nueva forma de Estado, en la que el calificativo de derechos alude a los límites impuestos al poder público. Por un lado, a través de la importancia central que en el ordenamiento constitucional ecuatoriano tienen los derechos y garantías ciudadanas, en aras de construir una sociedad justa, y, por otro, porque con la nueva fórmula cristaliza el valor de la interculturalidad y, con ello, el reconocimiento de un potente catálogo de derechos colectivos y del pluralismo jurídico.¹⁵

En este sentido, se afirma que la nueva forma de Estado inaugurada por la Constitución ecuatoriana viene dada por lo innovador del catálogo de sus derechos, carente de clasificaciones generacionales, con lo que se cambia la denominación, así: derechos civiles por derechos de libertad,¹⁶ derechos políticos por derechos de participación¹⁷ y derechos sociales por derechos del buen vivir o *sumak kawsay*,¹⁸ mientras que sus garantías gozan de una amplia titularidad de ejercicio. A ello habría que añadir la inclusión de categorías originales, como los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades¹⁹ y los derechos de la naturaleza,²⁰ así como el realce de los derechos de las personas y los grupos de atención prioritaria.²¹

La idea de la nueva forma de Estado fue compartida por la jurisprudencia constitucional. Así, la Corte Constitucional de Ecuador para la Transición, en una de sus primeras sentencias²² señaló:

El Estado constitucional de los derechos y justicia, es a su vez, una forma particular de expresión del Estado de Derecho, caracterizada por la existencia de una Constitución material y rígida, el carácter normativo y vinculante de la misma; y el control judicial de constitucionalidad en cabeza de un órgano especializado, que tiene la potestad de interpretar, en última instancia, la Constitución.

¹⁵ Ramiro Ávila, "El estado constitucional de derechos y justicia", en Ramiro Ávila (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 29.

¹⁶ Artículos 66-70 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁷ Artículos 61-65 de la Constitución ecuatoriana.

¹⁸ Artículos 12 a 34 de la Constitución ecuatoriana. *Sumak Kawsay* es una expresión proveniente del *quichwa*, la cual supone la relación armoniosa del individuo con la naturaleza.

¹⁹ Artículos 56 a 60 de la Constitución ecuatoriana.

²⁰ Artículos 71 a 74 de la Constitución ecuatoriana.

²¹ Artículos 35 a 55 de la Constitución ecuatoriana. Los grupos de atención prioritaria señalados por los artículos son adultos mayores, jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidores.

²² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 002-08-SI-CC de 10 de diciembre de 2008, p. 11.

La Constitución de Ecuador, en definitiva, se inserta dentro de la tradición que se ha denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano, caracterizado, entre otras cosas, por la existencia de constituciones extensas en su articulado, cargadas de derechos, así como por la importancia de la participación ciudadana en la construcción de la voluntad pública, particularmente, en el proceso de reforma constitucional.²³ Y, en los casos de Ecuador y Bolivia, se destaca el realce de los aspectos interculturales que recogen los saberes ancestrales andinos.

Seguidamente vamos a intentar destacar aquellos puntos de convergencia, a pesar de las notables diferencias que existen entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de Ecuador, en la medida en que, si bien se trata de dos Estados organizados como repúblicas, Alemania es un Estado federal y parlamentario, en tanto que Ecuador es un Estado unitario y presidencial. Ahora bien, los puntos de encuentro que serán explorados conciernen a su comprensión fundamentalista o garantista de derechos.

3. La Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de Ecuador como textos fundamentalistas o garantistas

Para proceder a establecer los puntos de encuentro entre dos constituciones que tienen, por un lado, una distancia cercana a los 60 años y, por otro, unas condiciones sociales, culturales y jurídicas distintas, se acudirá a Ackerman, quien propone tres modelos de democracia constitucional, clasificación que, guardando las diferencias existentes con el ordenamiento constitucional ecuatoriano, nos puede ayudar a establecer algún grado de relación entre las constituciones de Alemania de 1949 y la de Ecuador de 2008. En este sentido, Ackerman propone el modelo dualista siguiendo la experiencia estadounidense, el modelo monista a partir de la tradición inglesa y, finalmente, el modelo fundamentalista de impronta alemana.

Así tenemos que el llamado fundamentalismo constitucional se caracteriza por la importancia de la protección de un núcleo duro de derechos y garantías constitucionales, frente a las decisiones de los órganos mayoritarios, los cuales potencialmente pueden afectarlos. En esta medida, confía a los tribunales la protección de los derechos y las libertades. Los sistemas fundamentalistas se diferencian de los dualistas y de los monistas en la importancia que los dos últimos otorgan, respectivamente, a las decisiones provenientes de la soberanía popular, ya sea de modo directo (*higher lawmaking*) o por medio de representantes, a través de los parlamentos o congresos (*normal lawmaking*).²⁴ Lo dicho no implica que los sistemas fundamentalistas no

²³ Jorge Benavides, "Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008", *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2018, pp. 39-66.

²⁴ Bruce Ackerman, *We the people*, vol. I: *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, pp. 10-11.

compartan la importancia de la soberanía popular, solo señalan que deben ser los tribunales, y no los órganos con legitimación democrática de origen, los que tengan la última palabra en la comprensión de la constitución y de los derechos. Es por ello que Ackerman señala como prototipo del modelo fundamentalista el sistema constitucional alemán, donde el Tribunal Constitucional Federal juega un rol de primera importancia en la protección de los derechos.²⁵

Ecuador, para estos efectos, así como otros países de la región, compartiría con el modelo alemán algunos rasgos fundamentalistas, de acuerdo con la importancia que la Constitución de 2008 les atribuye a los derechos y las garantías constitucionales y según el papel central que en su protección y promoción desempeña la Corte Constitucional. A continuación vamos a ver tres de los aspectos en que se podría observar la influencia de la Ley Fundamental para el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, a saber: el notable desarrollo de los derechos fundamentales, su protección por medio de cláusulas de intangibilidad y el rol de la justicia constitucional como garante del Estado constitucional. En este sentido, el Ecuador no se quedó al margen de dicha influencia. De otro lado, la indagación de la posible influencia de la Ley Fundamental sobre la Constitución ecuatoriana se inspira en el criterio de Pedro Cruz Villalón, quien, allá por el año 1989, con motivo de la celebración del cuadragésimo aniversario de la Ley Fundamental, señaló que el signo de dichas conmemoraciones llega en clave de derecho comparado y que, por tanto, el Estado constitucional contemporáneo contaba con este texto surgido en la posguerra como un elemento central de la interpretación de aquel.²⁶

3.1. Los derechos fundamentales

Lo primero que hay que advertir es que, en el caso ecuatoriano, derechos fundamentales y derechos constitucionales son términos intercambiables, toda vez que para la Constitución todos los derechos poseen la calidad de fundamentales para el desarrollo de la persona, sin que se haga distinción alguna entre tipos de derechos o entre las garantías a las que se acude para su efectiva protección. En cualquier caso, se suele utilizar, principalmente, el término derechos constitucionales, sea en la normativa, en la jurisprudencia o en la doctrina.

Entrando en la comparación, tenemos que el artículo 1 de la Ley Fundamental que da inicio al título de los derechos fundamentales expresa en su número 1: “La dignidad del hombre es intangible. Los poderes públicos están obligados a respetarla y protegerla”,²⁷ disposición que comporta similitud, por un lado, con el artículo 11,

²⁵ *Ibid.*, p. 15.

²⁶ Cruz, *op. cit.*, p. 77.

²⁷ Mandato que, al decir de Ernst Benda, se enlaza claramente con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, así como con la Declaración francesa de los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre de 1789, y con la tradición cristiana del derecho

número 6 de la Constitución ecuatoriana que determina que los derechos son, entre otras cosas, inalienables e irrenunciables, y con el número 7, del mismo artículo, en la medida en que señala que el reconocimiento de los derechos y las garantías constitucionales “no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”; y, por otro, con el número 9 del citado artículo 11, que determina: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Más adelante, el número 2 del artículo 1 de la Ley Fundamental prescribe que el pueblo alemán abraza los derechos inviolables del hombre “como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”, disposición que guardaría relación con el artículo 3, números 1 y 8 de la Constitución ecuatoriana, que señala como deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el goce de los derechos constitucionales, así como que los habitantes de Ecuador gocen de una cultura de paz, de seguridad integral y que vivan en una sociedad democrática.

Por su lado, el número 3, del artículo 1 de la Ley Fundamental determina que los derechos fundamentales “vinculan a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”, enunciado normativo que en el artículo 11, número 3, del texto constitucional ecuatoriano encontraría un equivalente cuando afirma que los derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial.

Más adelante, el artículo 19, número 2, de la Ley Fundamental consagra la garantía del contenido esencial de los derechos, aporte que, dicho sea de paso, se trata, probablemente, de la contribución alemana de mayor importancia para el constitucionalismo comparado en el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales.²⁸ En este sentido es que el número 4, artículo 11, de la Constitución de Ecuador consagra que “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Por otro lado, en materia de derechos sociales y de la procura existencial –o de la *Daseinsvorsorge* de la que habla la Ley Fundamental–, en la Constitución ecuatoriana los derechos económicos, sociales y ambientales se han visto rebozados por la noción andina del *Sumak Kawsay* o buen vivir, que alude a la relación armónica entre el individuo y la naturaleza. En este sentido, se ha señalado que el texto

natural (Ernst Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 117).

²⁸ Teóricamente se señalan las garantías institucionales como el antecedente del contenido esencial. Así, Carl Schmitt aparece como el artífice de las garantías institucionales, quien, a partir de la observación de la Constitución de Weimar, las diferencia de los derechos fundamentales. En consecuencia, para el profesor alemán, el hecho de que una institución se encuentre regulada en el texto constitucional no implica *per se* que se trate por ello de un derecho fundamental, teniendo en este caso la constitucionalidad la finalidad exclusiva de proteger a una institución del legislador ordinario (Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2012, pp. 231-233).

constitucional andino asume con consistencia la dogmática alemana de la procura existencial, por medio de una tabla robusta de derechos sociales, así como de un estatuto constitucional económico, en donde el Estado asume la protección y garantía de los derechos sociales,²⁹ al menos en el plano normativo.

3.2. Las cláusulas de intangibilidad

Como es bien sabido, las cláusulas de intangibilidad o cláusulas pétreas se constituyen en límites materiales explícitos por excelencia. Así, tenemos que cuando se habla de cláusulas de intangibilidad que protegen derechos fundamentales es de referencia obligada el caso alemán, en el que aquellos –por remisión del artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn a los artículos 1 y 20– se muestran como límites explícitos a la reforma constitucional. En este sentido, en el artículo 1, el primer principio apunta, como fue dicho más arriba, a la intangibilidad de la dignidad humana y la obligación del poder público de respetarla y protegerla; el segundo principio afirma que el pueblo alemán reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana y de la paz mundial; y, por último, el tercer principio rescata la idea de que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y son de directa aplicación. En la Constitución de Ecuador, como cláusula equivalente de intangibilidad, se tienen algunas disposiciones que prohíben tanto la eliminación como la restricción de los derechos y las garantías fundamentales por la vía de la reforma constitucional. En este orden de consideraciones aparece el artículo 84 de la Constitución, que prescribe, entre otras cosas, que en ningún caso la reforma de la Constitución atentarán contra los derechos constitucionales. Así también los artículos 441 y 442 que regulan los procedimientos de enmienda y de la reforma parcial de la Constitución, respectivamente, se muestran como cláusulas de intangibilidad, en la medida en que prohíben a ambos procedimientos acometer cambios que supongan restricción a los derechos constitucionales.

Las cláusulas de intangibilidad, en definitiva, suelen ser catalogadas de límites materiales, en la medida en que son herederas del concepto mínimo de constitución establecido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, esto es, garantizar derechos y la división de poderes.

3.3. La justicia constitucional

El Tribunal Constitucional Federal contemplado por la Ley Fundamental encontraría su equivalente en la Corte Constitucional de la Constitución ecuatoriana. En

²⁹ Francisco Palacios, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Dasein* a la *Sumak Kawsay*”, en R. Ávila, A. Grijalva, R. Martínez (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008, p. 52.

este sentido, se puede afirmar que en ambas experiencias se trataría, siguiendo la taxonomía clásica, de una modalidad concentrada de control. Sobra decir que el Tribunal Constitucional Federal se muestra en el derecho comparado como uno de los más importantes referentes de control concentrado, ya por su diseño constitucional, ya por el largo y muy destacado desarrollo jurisprudencial, ya por la trayectoria de sus integrantes a lo largo de su historia. No en vano, el sitio que ocupa la Ley Fundamental se debe, en gran medida, a la gran labor efectuada por dicho Tribunal.

Si bien ambos órganos responden, como se decía, a una modalidad de control concentrada, el Tribunal Constitucional se encuentra desarrollado en la sección IX que regula la jurisdicción en sentido amplio; así, se señala que se confía a los jueces el poder judicial, entre los cuales destaca al Tribunal (Ley Fundamental, art. 92). Por su lado, la Corte Constitucional está regulada por fuera de la función judicial; en este sentido, su desarrollo se prevé en el Título IX, Capítulo II (Constitución, arts. 429 y ss.). Así también la forma de designación de los jueces es distinta, pues en Alemania ellos son electos por el *Bundestag* y por el *Bundesrat* (Ley Fundamental, art. 94.1), mientras que en Ecuador son seleccionados luego de un concurso de méritos y oposición, llevado a cabo por una comisión conformada por nombres enviados por la Función de Transparencia, el Ejecutivo y el Legislativo (art. 434 constitucional). De otro lado, al tratarse Alemania de un Estado federal, la resolución de los conflictos normativos o de competencias que pudieran surgir entre la Federación y los *Länder* supone una importante facultad del Tribunal.

En cuanto a algunas de sus competencias equivalentes, tanto el Tribunal alemán como la Corte ecuatoriana son intérpretes privilegiados de sus respectivos textos y poseen facultad para llevar a cabo el control abstracto y el control concreto de la ley, además de actos normativos (Ley Fundamental, art. 93; Constitución ecuatoriana, art. 436, respectivamente).

Consideraciones finales

Como se vio, hablar de la Ley Fundamental alemana de 1949 supone referirse a uno de los textos constitucionales más influyentes del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. En efecto, importantes constituciones posteriores, por ejemplo, la española de 1978, tuvieron en la Ley Fundamental una guía por parte del constituyente español.³⁰ De otro lado, la influencia de la Ley Fundamental en América Latina ha llegado, principalmente, por la particular relación en términos

³⁰ Respecto a la influencia de la Ley Fundamental de Bonn sobre la Constitución española de 1978, véase Cruz, *op. cit.*, pp. 77-104. En términos cronológicos, entre los 60 años que median entre la Ley Fundamental y la Constitución ecuatoriana se halla la Constitución española, texto este que ha ejercido también una influencia considerable en los textos constitucionales de América Latina.

idiomáticos y culturales de nuestros países con España. Dicha influencia ha tenido distintas vertientes, a saber: normativas en aspectos relativos a derechos y garantías constitucionales, así como en la misma temática por parte de la muy destacada doctrina jurisprudencial formulada por el Tribunal Constitucional Federal, y por la teoría constitucional construida por la renombrada escuela de derecho público germana.

En este sentido, Ecuador, como se ilustró en líneas precedentes, a pesar de las diferencias con el modelo constitucional alemán, comparte algunos rasgos garantistas con la Ley Fundamental en aspectos como los principios que rigen los derechos y las garantías. En efecto, la consideración de aquellos como límites de obligatoria observación por parte de los poderes públicos, así como la aplicación directa de los derechos, su eficacia entre particulares o el respeto a su contenido esencial. De otro lado, la existencia de cláusulas de intangibilidad da cuenta de la importancia del constituyente por la protección del núcleo esencial de la Constitución. En esa medida, cualquier reforma que implique modificar el núcleo esencial le está prohibida al poder constituido. Finalmente, la influencia se puede observar en el protagonismo que desempeña la justicia constitucional en la defensa de la supremacía constitucional y de los derechos, con lo cual actúan como una garantía primaria del sistema democrático en general y de la Constitución en particular.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *La política del diálogo liberal*, trad. Gabriela Alonso, Barcelona, Gedisa, 1999.
- _____, *We the people*, vol. I: *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.
- ARNOLD, Rainer, “La reforma constitucional en Alemania”, *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.
- ÁVILA, Ramiro, “El estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro ÁVILA (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- BENAVIDES, Jorge, “Los procedimientos de reforma en algunas constituciones de América Latina. Un estudio normativo con particular énfasis en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2018, pp. 39-66. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/issue/view/38>
- BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en Ernst Benda et al., *Manual de derecho constitucional*, trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

- CRUZ, Pedro, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 2006.
- Diario el Comercio*, “Las consultas, un termómetro político”, Actualidad - Política, 7 de marzo de 2011. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/consultas-termometro-politico.html>
- GRIMM, Dieter, “Identidad y transformación: la Ley Fundamental en 1949 y hoy”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010.
- HÄBERLE, Peter, “Cultura y derecho constitucional. Entrevista a Peter Häberle”, por Raúl Gustavo Ferreira, *Estudios Constitucionales*, núm. 1(8), 2010. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/issue/view/13>
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, en Ernst BENDA *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PALACIOS, Francisco, “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinvorsorge* al *Sumak Kawsay*”, en Ramiro ÁVILA, Agustín GRIJALVA, Rubén MARTÍNEZ (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 2012.
- SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *Revista Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, trad. Joaquín Abellán, Madrid.

Francisco J. Campos Zamora* (Costa Rica)

La interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional. ¿Modelo o advertencia para América Latina?

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Federal, como intérprete oficial de la Ley Fundamental, ha establecido una lectura particular de los derechos fundamentales que ha asumido una forma concreta y que se ha arraigado en la cultura jurídico-política de Alemania. Tanto su jurisprudencia como su práctica se han convertido en referentes globales y muy específicamente en América Latina. En este artículo reseñamos los casos de la horizontalidad de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) y de la creación o del perfeccionamiento del derecho (*Rechtsfortbildung*). El propósito de este artículo es resaltar que estos casos pueden servir como modelo o advertencia para los sistemas de administración de justicia en América Latina.

Palabras clave: Estado de los jueces, eficacia de los derechos fundamentales, Ley Fundamental, Tribunal Constitucional Federal.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Bundesverfassungsgericht als für die Interpretation des Grundgesetzes zuständige Instanz hat eine eigenständige Auslegung der Grundrechte entwickelt, die in konkreten Entscheidungen zum Ausdruck kommt und in der rechtspolitischen Kultur Deutschlands verankert ist. Seine Rechtsprechung wie auch seine Praxis finden internationale Beachtung, insbesondere in Lateinamerika. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsfortbildung um aufzuzeigen, dass die genannten Themen den lateinamerikanischen Rechtssystemen als Modell oder Hinweise dienen können.

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

Schlagwörter: Richterstaat; Wirkung der Grundrechte, Grundgesetz, Bundesverfassungsgericht.

ABSTRACT

The Federal Constitutional Court, as official interpreter of the Basic Law, has established a particular reading of fundamental rights that has assumed a concrete form and that has taken root in the legal-political culture of Germany. Both its jurisprudence and practice have become global references, specifically in Latin America. In this article, we review the cases involving the horizontality of fundamental rights (*Drittwirkung der Grundrechte*) and of the creation or improvement of the law (*Rechtsfortbildung*). The purpose of this article is to highlight the fact that these cases can serve as a model or warning for justice administration systems in Latin America.

Key words: Status of judges, effectiveness of fundamental rights, Basic Law, Federal Constitutional Court.

Introducción

“No existe ninguna Constitución limpia del viento sucio de la historia. No la hay ni la puede haber”.¹ Las constituciones son normas de reacción que suelen venir al mundo en tiempos de crisis, periodos de ajuste, épocas de cambio. Deben dar forma a un nuevo ordenamiento, a menudo de un modo completamente diverso al anterior.² No es extraño que los conflictos armados y las crisis económicas leguen una carta magna o una ley temporal que haga las veces de esta, acompañada también de una nueva forma de leer el derecho, con la cual se pretende no recaer en los vicios que se han dejado atrás. El derecho surge de la vida real, de las estructuras sociopolíticas y de las experiencias, en resumen, de la historia, y no solo de las leyes escritas. *El derecho es, en ese sentido, una respuesta a ese viento sucio de la historia.*

La Ley Fundamental, como no podría ser de otra forma, es también una norma de reacción, una respuesta a los horrores del nacionalsocialismo, y ello se evidencia desde su artículo primero, “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.³ Mientras la mayoría de las constituciones inicia con una declaración sobre la estructura del poder estatal o bien proclamando la naturaleza soberana e independiente del Estado, la Ley Fundamental coloca a la persona en el centro del nuevo sistema jurídico alemán. No será el Estado el actor más importante, sino los sujetos. En un nuevo esquema de derechos y garantías, estos representarán el papel principal en la República Federal. Lo anterior ha hecho

¹ Félix Ovejero, “La doctrina constitucional de Rufián”, *El Mundo*, 5 de diciembre de 2018.

² Bernd Rüthers, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

³ “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

de la Ley Fundamental una norma apreciada globalmente, toda vez que la respuesta alemana a la experiencia totalitaria ha servido de guía para otros países. No debe olvidarse que los Estados que han tenido un desarrollo democrático, relativamente continuo, sin experiencia totalitaria o autoritaria, son claramente la excepción en la comunidad internacional.

Ahora bien, ¿puede afirmarse que la Ley Fundamental ha guiado a otras constituciones o ha influido en ellas?, ¿cómo ha tenido lugar ese proceso? y, lo más importante, ¿en qué aspectos podemos percibir esa influencia? Defenderemos aquí la idea de que esa guía o influencia entre constituciones no es posible de forma directa, a menos que por ello se entienda el simplismo de copiar o tropicalizar normas de forma irreflexiva, lo cual difícilmente significará un verdadero aporte, en la medida en que cada Estado posee singularidades solo comprensibles al analizar su historia. Un verdadero diálogo “entre constituciones” es mucho más complejo de lo que de sólo suele creerse. Las constituciones, por su misma naturaleza, son normas conservadoras, regulaciones casi pétreas respecto a su proceso de cambio a las que no les gustan las reformas y cuyos procesos de transformación requieren mayorías especiales e incluso aprobación a lo largo de distintas legislaturas. Las constituciones se mueven lentamente.

La Ley Fundamental ha elegido a su propio guardián en la figura del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), como aquel que limitará los excesos del Leviatán, vigilará la constitucionalidad de las leyes y dimensionará los efectos de los derechos fundamentales ante situaciones que no pudieron ser contempladas por el legislador. Es este el espacio donde la Ley Fundamental realmente cobra vida. Defenderemos aquí la idea de que el diálogo “entre constituciones” no se lleva a cabo a nivel normativo, sino entre la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. Si bien una determinada figura constitucional puede inspirar a otros países a incluirla en sus ordenamientos nacionales, la experiencia de las últimas décadas ha mostrado una influencia más activa del Tribunal Constitucional Federal sobre la jurisprudencia de sus pares latinoamericanos. En este trabajo reflexionaremos muy brevemente sobre la figura de este Tribunal como guardián de la Constitución y posteriormente presentaremos los casos de horizontalidad de los derechos fundamentales (*Drittwirkung der Grundrechte*) y de creación o perfeccionamiento del derecho (*Rechtsfortbildung*), como ejemplos de la influencia de dicho Tribunal en algunos sistemas latinoamericanos.

1. El guardián de la Ley Fundamental

Probablemente, una de las polémicas más importantes del siglo XX en el campo del derecho constitucional sea la que tuvo lugar entre Hans Kelsen (1881-1973) y Carl Schmitt (1888-1985) con ocasión de intentar determinar quién debía ser el guardián de la Constitución. La disputa se desencadenó, específicamente, en 1928 debido a

una publicación que hizo Kelsen en Francia⁴ a la que Carl Schmitt respondía en 1929 con una serie de artículos y, posteriormente, como libro en 1931 bajo el nombre *El guardián de la Constitución*.⁵ La réplica de Kelsen no se hizo esperar y para ese mismo año se publicaba la obra *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*⁶

Es importante llamar la atención respecto de que la disputa tuvo como escenario los últimos y convulsos años de la República de Weimar. La situación durante ese periodo se mostraba compleja. En lo económico, esta no se había recuperado completamente de la hiperinflación padecida entre 1921 y 1923 y, en lo político, la coalición tripartita entre la socialdemocracia, el liberalismo democrático y el catolicismo social ofrecía los primeros signos de resquebrajamiento. Desde marzo de 1930, Heinrich Brüning se desempeñaba como canciller y en julio, frente al rechazo parlamentario de las leyes financieras, disuelve el Parlamento (*Reichstag*) y las siguientes elecciones conceden una importante victoria al nacionalsocialismo. A partir de octubre de ese año, Brüning comienza a gobernar mediante decretos emitidos por el presidente Paul von Hindenburg, apoyándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar.

Las posiciones que Schmitt defenderá en su particular enfrentamiento contra Kelsen pueden encontrarse ya en *La teoría de la constitución (Verfassungslehre)*. Allí pasa revista al concepto de ‘constitución’ (*Verfassung*) e identifica cuatro distintas nociones: absoluta (como un todo unitario)⁷, relativa (como una pluralidad de leyes particulares)⁸, positiva (como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política)⁹ e ideal (como un cierto contenido).¹⁰ Distingue, además, entre constitución, entendida como forma sustancial de unidad política, y ley constitucional (*Verfassungsgesetz*), entendida como realización normativa de la constitución. En si critica a Kelsen afirma que, si bien su concepto de constitución es absoluto –esto es, una unidad jurídica de normas, un simple deber ser donde la constitución viene a ser la norma de normas–, sin los principios metafísicos del derecho natural tal concepto se relativiza hasta convertirse en ley constitucional.

Para Schmitt, por el contrario, debe distinguirse entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, este último entendido como la unidad política de un pueblo. Así las cosas, la constitución, en sentido positivo, es la decisión del conjunto del pueblo sobre el modo y la forma de la unidad política. El acento de la definición de constitución en sentido positivo de Schmitt está puesto en la noción de poder

⁴ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 297-357.

⁵ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931.

⁶ Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin, Dr. Walther Rothschild, 1931 [Mohr Siebeck, 2008].

⁷ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017, p. 3.

⁸ *Ibid.*, p. 11.

⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁰ *Ibid.*, p. 36.

constituyente, entendido como voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. En ese sentido, para Schmitt, una constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y la forma del propio ser, con lo cual opone en su teoría, una vez más, las nociones de norma y existencia.¹¹

Schmitt hará referencia también a la distinción entre los litigios constitucionales, que son siempre políticos, y las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales. La comprobación de la constitucionalidad de las leyes que aplican los tribunales es una exigencia del Estado de derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca apolítica; por tanto, en el razonamiento de Schmitt, establecer un tribunal especial para decidir la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de derecho. La determinación de un concepto claro de litigio constitucional será para el jurista alemán la primera condición de toda “justicia constitucional”.¹² Un tribunal constitucional concentraría y monopolizaría el control de la constitución, lo que conllevaría una politización de la justicia (*Politisierung der Justiz*), más que una judicialización de la política (*Juridifizierung der Politik*). Se trabajaría así con “ficciones”, con formas, sin tener en cuenta los “contenidos” e ignorando las diferencias efectivas entre constitución y ley constitucional.¹³ Los tribunales pueden controlar que las leyes ordinarias respeten la ley constitucional, pero no pueden erigirse en guardianes de la constitución.¹⁴

Frente a esta posición, Kelsen defendía que los tribunales constitucionales constituyen “un medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia”,¹⁵ es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento, ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de la mayoría, por lo cual el tribunal constitucional constituía un supertribunal. Pero también representaba una garantía para la voluntad del parlamento expresada en las leyes, ya que incluso en una democracia parlamentaria el segundo grado de la formación de la voluntad estatal, la ejecución por la burocracia, presentaba para Kelsen un carácter inevitablemente autocrático. El control constitucional de los reglamentos de ejecución era un arma para atemperar este carácter del Estado moderno en interés de la democracia.

Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la constitución debe ser distinto e independiente del parlamento y del Gobierno, que son los

¹¹ *Ibid.*, pp. 67, 68.

¹² *Ibid.*, p. 135.

¹³ Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016, p. 60.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 36 ss.

¹⁵ Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, *op. cit.*, p. 53.

principales sujetos a controlar por la vía de las leyes y los reglamentos. En el plano técnico, Kelsen propone un tribunal cuya sentencia anule con carácter general el acto inconstitucional, incluidas las leyes del parlamento, ya que este está subordinado a la constitución, y respecto a ella aplica derecho, es decir, las normas constitucionales. En última instancia, en la concepción kelseniana, el tribunal constitucional tiene una importancia política de primer orden: es la garantía de paz política en el interior del Estado. Kelsen expresa que el principal argumento teórico de Schmitt contra la instauración de tribunales constitucionales se basa en su carácter político, por tanto, supuestamente incompatible con la función judicial. La tesis de Schmitt no se sostiene, porque el ejercicio del poder no es una función exclusiva del parlamento. Incluso si se entiende lo político, en el sentido schmittiano, como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión, toda sentencia tiene un elemento decisorio, una dosis de ejercicio del poder y por tanto, el control judicial de constitucionalidad no altera, como lo sostiene Schmitt, la posición constitucional de la jurisdicción.¹⁶

A pesar de las objeciones de Schmitt, el establecimiento de tribunales constitucionales es una de las señas de identidad de todos los regímenes democráticos establecidos en Europa tras la Segunda Guerra Mundial. La democratización de los países del sur y, posteriormente, del este de Europa ha confirmado el indiscutible éxito de esta institución. Conceptualmente, se estará siempre en deuda con Kelsen e incluso un poco con Schmitt, en la medida en que sus ideas obligaron al primero a redefinir y profundizar en el tema. Hoy es pacíficamente aceptado que todo Estado constitucional requiere la existencia de un tribunal que vele por el cumplimiento de la constitución. Una institución que desempeña una función política, pero que lo hace a través del derecho. Como el Tribunal Constitucional Federal establecido en 1951 es heredero de toda esta tradición, conocer su génesis es fundamental para comprender muchas de sus posiciones actuales.

2. Horizontalidad de los derechos fundamentales

Por *Drittwirkung der Grundrechte* se expresa el debate acerca de si los derechos fundamentales ejercen sus efectos no solo de forma vertical entre particulares y el Estado, sino también entre sujetos de derecho privado. A continuación, analizaremos sus antecedentes, modalidades principales y recepción por parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

2.1. El caso Lüth

En 1950 Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se pronunció contra una película del director Veit Harlan y exhortó a no comercializar una de sus películas y a no acudir a su proyección, en vista del pasado nacionalsocialista del realizador.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 13 ss.

La productora del film acudió al juez civil de Hamburgo y consiguió que se condenara al demandado con la prohibición de pronunciarse acerca de la película.¹⁷ Se trataba de una incitación al boicot que ocasionaba un “daño por actuación contraria a las buenas costumbres” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*) contemplado en el numeral 826 del Código Civil. Lüth acudió ante el Tribunal Constitucional Federal argumentando que se violaba su libertad de expresión. El Tribunal determinó que la expresión de una opinión que llama al boicot no viola necesariamente las buenas costumbres. El Tribunal Constitucional Federal no analiza en concreto cada uno de los derechos fundamentales, sino que se centra únicamente en la violación imputable al juez civil. La vigencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado y la revisión de las sentencias civiles por el Tribunal Constitucional Federal son dos problemas “resueltos de una sola vez”, con el impulso que ofrece la proclamación de la Constitución como un sistema de valores.¹⁸ La resolución fue omisa en varios puntos y criticada como poco clara; sin embargo, dio inicio a una de las más importantes discusiones de la historia constitucional alemana: ¿aplican los derechos fundamentales entre sujetos de derecho privado?

2.2. Modalidades de la *Drittwirkung*

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

2.2.1. *Drittwirkung directa*

La teoría de la *Drittwirkung* directa o inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Hans Carl Nipperdey¹⁹, sostiene la vinculación directa a los derechos fundamentales de los actos realizados por los particulares en el ejercicio de su autodeterminación. No se necesitaría la mediación del legislador o del juez para que tales derechos desplieguen plenamente sus efectos en el tráfico jurídico-privado, precisamente porque se trata de derechos ya proclamados por la constitución.²⁰ Defender la tesis de la eficacia inmediata frente a terceros es afirmar

¹⁷ Jesús García y Antonio Jiménez, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986, p. 26.

¹⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁹ Nipperdey prefiere hablar de efecto absoluto de los derechos fundamentales y no de efectos ante terceros (Ludwig Enneccerus y Hans Carl Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959, p. 94).

²⁰ Hans Carl Nipperdey, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, *Recht der Arbeit*, München, C.H. Beck, 1950, pp. 121-128; “Boycott und freie Meinungsäußerung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 73, 1958, pp. 445-452.

la virtualidad directa, sin mediaciones de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos reforzados por la garantía constitucional. Se sostiene que esos derechos vinculan los actos de los particulares, es decir, se imponen dentro del ámbito que rige la autonomía de la voluntad y deben ser respetados aun en las relaciones privadas.²¹

2.2.2. *Drittwirkung indirecta*

La *Drittwirkung* indirecta o mediata (*mittelbare Drittwirkung*), representada principalmente por Günter Dürig, sostiene que son las normas y no los actos de derecho privado las que están vinculadas por los derechos fundamentales y que solo en esa medida esos derechos rigen las relaciones entre particulares.²² Según tal tesis, los derechos fundamentales, al ser desarrollados por la ley, deben interpretarse en la forma en la que el legislador ha deparado su contenido, alcances y límites. Pero, además, los derechos fundamentales serían necesarios puntos de partida para la interpretación de la legalidad ordinaria, esto es, tendrían una eficacia interpretativa. Se reconoce así la existencia de una eficacia horizontal de los derechos fundamentales.²³ Cuando se declara la vulneración de un derecho fundamental dentro de una relación privada, la violación no se debe atribuir a la otra parte, sino al poder público, que no ha satisfecho su obligación de proteger ese derecho; la violación no se enmarca en el plano privado, sino, por el contrario, se produce en el ámbito del derecho público. La consecuencia más característica de esa mediación radica en que el derecho fundamental y la libertad pública surgen de ella transformados; ya no afecta la relación en cuanto derecho fundamental, sino en razón de que el legislativo ha incorporado su influencia a su propia legislación, transformándola en derecho objetivo. Corresponde, pues, a esa rama del ordenamiento dar una respuesta justa a los conflictos de intereses que surjan entre particulares, una solución acorde con la autonomía privada.²⁴

2.3. Recepción en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sufrido una evolución a lo largo de su historia hasta llegar en los últimos años a

²¹ María Venegas, *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 179; Albert Bleckmann, "Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte", *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 103, 1988, p. 942; Johannes Hager, "Grundrechte im Privatrecht", *JuristenZeitung*, vol. 49, núm. 8, 1994, p. 383.

²² Günter Dürig, "Grundrechte und Privatrechtsverkehr", en Theodor Maunz y Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 2001, pp. 64-68.

²³ Herbert Krüger, "Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung", *Neue Juristische Wochenschrift* 2, núm. 5, 1949, p. 163.

²⁴ Venegas, *op. cit.*, p. 148.

aceptar posiciones que pueden ser admitidas como casos de *Drittwirkung*.²⁵ Desde sus inicios dicho tribunal se presentaba como una instancia de tutela del ciudadano frente a las actuaciones por parte de los Estados que vulnerasen sus derechos. Esta primera etapa se caracteriza por sentencias que analizan la obligación de respeto y vigilancia de los derechos fundamentales por parte de los Estados prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras (1988)²⁶ es el primer asunto en el que llega a plantearse la cuestión de la *Drittwirkung*, caso motivado porque Manfredo Velásquez fue apresado sin mediar orden judicial por la policía secreta hondureña y por civiles que actuaban bajo su dirección, y, al igual que sucedió en muchos otros casos, fue asesinado y enterrado en un cementerio clandestino. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos somete el caso a la competencia de la Corte y esta manifiesta que el análisis está determinado por los alcances que se atribuyan al artículo 1.1 de la Convención. En su consideración, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido a la *acción u omisión* de cualquier autoridad pública constituye un hecho imputable al Estado. Los derechos fundamentales, a juicio de la Corte, se configuran como límites dirigidos únicamente al actuar de las autoridades; la responsabilidad del Estado, sin embargo, se extiende a aquellos casos en que se demuestre cierto *apoyo o tolerancia* del poder público con respecto a los particulares en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Para la Corte, en este caso, si bien los individuos que participaron en los hechos no formaban parte del Estado hondureño, existía una implicación significativa debido a la *falta de debida diligencia*, en *apoyo*, en *acquiescencia* o en *tolerancia* sobre el actuar de los particulares.

En una segunda fase, el eje de relevancia pasa del Estado, como sujeto pasivo en el proceso, a la norma violada y los hechos que la han ocasionado. La Corte expone así que los derechos fundamentales previstos en la Convención resultan obligaciones *erga omnes*. Esta etapa da inicio con el Caso Blake contra Guatemala (1998),²⁷ motivado porque, en marzo de 1985, dos ciudadanos estadounidenses fueron asesinados en Guatemala a manos de las denominadas Patrullas de Autodefensa Civil. La Corte estimó que estas actuaban, efectivamente, como agentes del Estado, ya que recibían recursos e incluso órdenes del Ejército. En la resolución de este asunto la Corte es consciente de que en ocasiones resultará imposible demostrar un estado general de impunidad respecto a este tipo de hechos, considerar que las violaciones denunciadas son atribuibles a una política de Estado o, simplemente, acreditar una conexión,

²⁵ Para un desarrollo más amplio de esa evolución puede consultarse Javier Mijangos y González, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

²⁶ Corte IDH, Resolución del 29 de julio de 1988.

²⁷ Corte IDH, Resolución del 24 de enero de 1998.

por mínima que sea, con los poderes públicos. Lo anterior conduce a uno de los miembros del tribunal, el juez Cançado Trindade, a redactar un voto razonado que será la base para consagrar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. A su juicio, es necesario desmitificar a los tratados internacionales como normas que limitan únicamente la actuación de los poderes públicos y que, antes bien, consagran obligaciones de carácter objetivo y representan estándares de comportamiento dirigidos a la creación de un *ordre public* internacional.

Finalmente, hay una fase que llega hasta el día de hoy y cuyo precedente más importante no se halla en un caso contencioso, sino en la Opinión Consultiva 18 de 2003 y que establece la eficacia de los derechos fundamentales entre sujetos de naturaleza privada. En marzo de 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América decidió, en el Caso Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos o de tramitación, después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la National Labor Relations Act. Ante esa resolución, México solicita, en el mismo año, una opinión consultiva a la Corte con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención.

La primera operación que realiza la Corte se encamina a determinar si el principio de igualdad y no discriminación puede ser calificado como de *jus cogens*. A su juicio, dicho principio puede considerarse imperativo, en cuanto es aplicable a todo Estado, independiente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares, ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional. Esas normas son *jus cogens* en tanto así lo han determinado los propios Estados miembros al establecer la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos prevista en el artículo 1.1 de la Convención. Es a través de la unión de estos dos factores como los derechos fundamentales de la Corte se convierten en el *orden público interamericano* en normas *imperativas*. Los efectos de los derechos fundamentales frente a terceros están claramente configurados en el propio régimen jurídico de la Convención, específicamente en el artículo 1.1 de la misma, que proclama el sometimiento tanto de poderes públicos como de particulares a la Convención. De ese modo, la Corte declara rotundamente que los derechos fundamentales son límites directos al actuar de los particulares.

3. Surgimiento del Estado de los jueces (*Richterstaat*)

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas son promulgadas, por regla general, por la autoridad parlamentaria. Al mismo tiempo, los tribunales constitucionales completan o integran, en la práctica, normas jurídicas, esto es, se lleva a cabo un proceso de *perfeccionamiento del derecho* (*gesetzesergänzende Rechtsfortbildung*). Lo anterior encuentra su origen en situaciones en que el órgano

legislativo no puede regularlo todo o no desea hacerlo por una cuestión de política jurídica. Esta premisa es particularmente visible en los vacíos legales, conceptos jurídicos indeterminados y campos abiertos de la legislación. Todo orden jurídico es incompleto, pero los jueces, dentro de su ámbito de competencias, tienen la obligación de decidir sobre todos los conflictos que les hayan sido presentados, aun ante la inexistencia de norma. En los casos en los que el órgano legislativo guarde silencio o incurra en contradicciones, el juez se convierte en un legislador sustituto. Mucho más problemático es el caso del proceso de *creación judicial del derecho* (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*) como aquel donde no se está integrando la norma, sino que se está yendo más allá de ella, con lo cual se abre en muchos casos la peligrosa puerta a modificaciones constitucionales que no pasan ya por los debidos procedimientos legislativos, sino por resoluciones de los tribunales constitucionales que pueden llegar a cambiar los propósitos normativos del constituyente o del legislador.

En la creación judicial del derecho se reúnen dos conceptos antagónicos, incompatibles, al mismo tiempo que se esconde el núcleo esencial de la creación de normas por vía judicial. El problema radica en que, al enfrentarse el juez a una laguna jurídica, no puede encontrar una valoración legal aplicable al caso y entonces debe establecer una norma para la situación no regulada jurídicamente. En esos casos sin regulación, cuando el juez no encuentra el derecho, debe crearlo como un legislador sustituto. Se trata, en última instancia, de un acto de política jurídica, pero en algunos casos se constituye también en un medio efectivo para separarse del principio de vinculación a la ley. Esto sucede cuando el juez, en desacuerdo con una valoración legal vinculante y previamente existente, intenta invalidarla haciendo uso de una “búsqueda” ya encauzada a encontrar vacíos jurídicos.

La aplicación de una norma debe ser estrictamente diferenciada de su creación judicial. De acuerdo con la constitución, el juez es un servidor obligado a obedecer la ley, pero, cuando ese mismo juez crea derecho, se convierte en un legislador sustituto, se convierte parcialmente en el amo del ordenamiento jurídico. Una de las principales tareas de una metodología de la interpretación jurídica debe consistir en mostrarle al operador jurídico las diferencias y los efectos de aplicar una ley, perfeccionar una regla y corregir una norma con la finalidad de establecer su propia intención legislativa, cuando en lugar de cumplir la norma se erige en legislador. Lo anterior precisa diferenciar claramente esas funciones, así como sus límites. No existe, por tanto, ninguna duda razonable sobre la existencia y el constante aumento del derecho de los jueces en todas las ramas del derecho ni particularmente en materia constitucional.

Esa creación del derecho por vía judicial y, muy específicamente, por los tribunales constitucionales encuentra su origen, no siempre reconocido ni admitido, en la tensión entre los cambios sociohistóricos y el principio de seguridad jurídica, en el anhelo de verse compelido a realizar reformas completas al ordenamiento jurídico. Los tribunales constitucionales se ven tentados a apartarse de las valoraciones

previamente establecidas por el legislador, haciendo uso de sus propias concepciones de justicia y con la ayuda de métodos de aplicación del derecho, que facilitan separarse de la ley. El importante proceso de cambio político-constitucional, que desplaza al legislador en favor del juez constitucional, puede entenderse mejor al estudiar, por ejemplo, la evolución del derecho de los jueces en Alemania.

Rüthers señala que durante los 70 años comprendidos entre 1919 y 1989 Alemania experimentó siete distintos sistemas jurídicos.²⁸ Cada uno de esos nuevos ordenamientos contó con la aprobación de un sector mayoritario, tanto de autoridades como de académicos, y fue aceptado y practicado, lo que convirtió a Alemania en el campeón en la disciplina de “cambio rápido del sistema político”. Los cambios de sistema significan, por lo general, cambios de ideología. Esto supone, al mismo tiempo, un cambio de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales, esto es, de los principios superiores del derecho. Los cambios del sistema representan un nuevo orden de convicciones jurídicas e incluso cambios de lo considerado como verdad. Sin embargo, no se trata de un proceso automático. Por lo general, el nuevo legislador no está en las condiciones de transformar el orden jurídico heredado del viejo sistema en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador solo puede desarrollar, de manera regular, unas reglamentaciones muy limitadas. La carga principal de efectuar completamente las renovaciones jurídicas necesarias la tienen, en principio, según las experiencias de las últimas décadas, los órganos judiciales. La jurisprudencia práctica tiene en todas las formas de Estado una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema.²⁹

Los cambios radicales, aquí mencionados, que se dieron más o menos de forma simultánea sobrevinieron al ordenamiento jurídico tradicional y a sus intérpretes y generaron en poco tiempo una gran necesidad de modificación jurídica; y ya que el derecho es la respuesta humana a nuevos problemas de regulación, era imprescindible una adaptación inmediata del sistema de valores a los nuevos supuestos de hecho. Al no encontrarse el legislador en capacidad de efectuar tal adaptación del orden jurídico, dicha tarea correspondió de facto al poder judicial. Cuando se consideró indispensable, se renunció al principio de vinculación del juez a la ley y se dio lugar a nuevas figuras en el derecho civil,³⁰ así como al desarrollo de nuevas construcciones por parte del tribunal constitucional.

²⁸ El imperio, Weimar, el Estado nacionalsocialista, los regímenes de ocupación, la República Federal Alemana original, la República Democrática de Alemania (RDA), la nueva República Federal unificada dentro del ensamblaje de la europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales en la Unión Europea (Bernd Rüthers, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002, p. 368).

²⁹ Rüthers, *Die heimliche Revolution von Rechtsstaat zum Richterstaat*, op. cit., p. 9.

³⁰ El fallo sobre la revalorización de una hipoteca del tribunal del Imperio en 1923 significó una sublevación, hasta ese momento inimaginable, de los tribunales supremos contra la normatividad vigente, la cual había sido incluso anunciada por parte de la Asociación de

Actualmente, los tribunales, tanto los comunes como los constitucionales, reconocen el valor de la teoría objetiva de la interpretación. La voluntad real del legislador presentaría, desde esta perspectiva, un papel secundario y funcionaría como verdadera hoja de ruta solo en aquellos casos en que el tenor literal de la norma no aporte conclusiones definitivas sobre su sentido. Lo determinante, en muchos casos, es el presunto sentido objetivo de la norma y, dado que este es uno de los métodos más utilizados por el operador jurídico, cuestiones como la finalidad perseguida con la norma no llegan a discutirse en muchos casos. En este método de interpretación se renuncia a investigar los fines de la regulación efectuada por el legislador. No obstante, contrario a lo anterior, el primer objetivo del juez debe ser realizar un análisis crítico de la norma. La tan solo aparentemente interpretación objetiva reemplaza en realidad la subjetividad del legislador por aquella del juez y hace de la interpretación objetiva un globo a merced de los vientos del momento histórico. La voluntad del legislador podría ser variada de forma discrecional por los órganos judiciales e incluso tergiversada hasta obtener lo contrario a lo querido por el legislador. El método objetivo de interpretación le otorga a la concepción jurídica subjetiva del juez un margen de libertad incompatible con el principio de vinculación del juez a la ley y el principio del Estado de derecho. Nos enfrentamos aquí al instrumento que ha facilitado el surgimiento del Estado judicial.³¹

Esa transformación del juez de servidor de la ley a señor del ordenamiento jurídico se ve propiciada por el método objetivo de interpretación, y así ha sido admitido por muchos tribunales constitucionales, cuya labor inicial consistía en la custodia y defensa de la constitución frente a intervenciones inconstitucionales de los titulares del poder, tanto estatales como privados. Ya no se conforman con declarar la inconstitucionalidad y hoy en día prescriben al legislador, hasta el último detalle, la forma de regular determinados ámbitos, aquello admisible y aquello inadmisibile. Lo fundamental pasa a ser lo que la mayoría del tribunal estime como razonable. El problema esencial de tal concepción radica en que deja desprovista a la norma de su naturaleza histórica. Cada constitución representa, usualmente, la respuesta de sus creadores a experiencias de dolor, que obligaron a modificar la idea del Estado y el derecho. Las decisiones del juez, que van más allá, se apartan de esa configuración inicial y constituyen actos político-jurídicos del intérprete, que varían o complementan la constitución. No se trata de una casualidad que, entre tanto, todos los jueces ordinarios se declaren partidarios del método objetivo de interpretación.

La instancia creada para la tutela de la constitución se ha transformado en un parlamento sustituto, que adopta decisiones políticas no ya para casos particulares,

Jueces frente al tribunal del Imperio (Rüthers, "Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?", *op. cit.*, p. 369).

³¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989, p. 61; *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 402.

sino para toda la comunidad. La consecuencia perversa de tal actuación consiste en que las decisiones del tribunal constitucional pueden decretar cambios materiales de la constitución.³² Mientras las reformas constitucionales a iniciativa del poder legislativo requieren mayorías previamente determinadas, la magistratura requiere, únicamente, el cambio de un voto para provocar un cambio constitucional. El principio de representación se ve vulnerado y la soberanía del pueblo trastocada por la soberanía de la judicatura (*Richteramt*). Se produce una legislación superpuesta, carente de legitimidad político-democrática.

Conclusiones

La Ley Fundamental se entiende aquí en primer lugar como un texto cuya lectura está abierta a cualquier persona que quiera obtener una impresión del orden en el que vive. Dicha lectura en la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” es parte de una democracia en la que los ciudadanos solo tienen que determinar por sí mismos cómo se forma su propio orden político y cómo se puede leer su propia constitución. La Ley Fundamental es también una norma, una institución. Describe cómo debe ser el orden político y su normatividad tiene mucho que ver con su claridad como texto. El texto de la Ley Fundamental permite establecer criterios contra la realidad social y política, no solo como un tribunal, sino también como ciudadanos que se cuestionan qué significa que todo poder estatal proviene del pueblo y hasta qué punto esa norma se cumple en Alemania.

El poder en un Estado de derecho debe leerse siempre como responsabilidad. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal, en cooperación con los otros órganos estatales, tiene un poder único. Puede poner al Parlamento en los límites de la Constitución y anular sus leyes cuando sean incompatibles con la Ley Fundamental. Puede cancelar políticas judiciales y gubernamentales que no sean consistentes con la Constitución. Tiene que decidir sobre la inconstitucionalidad de los partidos políticos y puede relevar al presidente federal de su cargo, si ha violado deliberadamente la Ley Fundamental.

El Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, ha establecido el tono en el que debe entenderse la Ley Fundamental. En particular, su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales ha dado lugar a que la Ley Fundamental haya tomado una forma concreta y se haya arraigado en la cultura política de Alemania. La protección judicial de los derechos fundamentales ha creado una conciencia entre los ciudadanos alemanes de que no están indefensos frente a la intervención estatal. Tanto su jurisprudencia como sus prácticas se han convertido en

³² Cabe señalar que no todos los autores observan el Estado judicial; es así como Günter Hirsch lo contempla como una concretización del Estado de derecho, en “Auf dem Weg zu Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007.

referente para América Latina. En este trabajo hemos querido señalar únicamente dos aspectos de esa amplia influencia, así como hacer un llamado de atención respecto a que sus actuaciones pueden servir como modelo o advertencia para nuestros sistemas de administración de justicia.

Bibliografía

- BLECKMANN, Albert, “Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 103, 1988.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989.
- , *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981.
- DÜRIG, Günter, *Grundrechte und Privatrechtsverkehr*, en Theodor MAUNZ y Günter DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 2001.
- ENNECCERUS, Ludwig y Hans Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959.
- GARCÍA Jesús y Antonio JIMÉNEZ, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.
- HAGER, Johannes, “Grundrechte im Privatrecht”, *JuristenZeitung*, vol. 49, núm. 8, 1994.
- HIRSCH, Günter, “Auf dem Weg zu Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 72, núm. 18, 2007.
- KELSEN, Hans, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* [1931], Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- , “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, *Revue du droit public et de la science politique*, 1928, pp. 297-357.
- KRÜGER, Herbert, “Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung”, *Neue Juristische Wochenschrift* 2, núm. 5, 1949.
- MIJANGOS, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.
- NIPPERDEY, Hans Carl, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung”, *Recht der Arbeit*, München, C.H. Beck, 1950.
- , “Boykott und freie Meinungsäußerung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 73, 1958.
- OVEJERO, Félix, “La doctrina constitucional de Rufián”, *El Mundo*, Opinión, 5 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.elmundo.es/opinion/2018/12/05/5c06ac8efdddfc35b8b45b5.html>
- RÜTHERS, Bernd, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

____, “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, *JuristenZeitung*, vol. 57, núm. 8, 2002.

VENEGAS, María *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.

____, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017.

Carlos María Pelayo Möller* (México)

Tres ideas desarrolladas por el constitucionalismo alemán de la segunda mitad del siglo XX y su influencia en América Latina: la idea de renovación constitucional, la dignidad humana y los efectos horizontales de los derechos

RESUMEN

La Constitución Alemana de 1949 y su interpretación por el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfG*) han sido referentes que han permitido el desarrollo de nuevos modelos constitucionales y de nuevas formas de concebir los derechos fundamentales durante los últimos 70 años. En el presente artículo se abordan tres ideas enarboladas por este constitucionalismo que han resultado importantes para América Latina: la necesidad de renovación constitucional, el rol del concepto de dignidad humana y los efectos horizontales de los derechos fundamentales (*drittwirkung*).

Palabras clave: constitucionalismo alemán, dignidad humana, efectos horizontales de los derechos fundamentales (*drittwirkung*).

ZUSAMMENFASSUNG

Die deutsche Verfassung von 1949 und ihre Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) stellen Referenzen dar, die es in den vergangenen 70 Jahren ermöglichten, neue Verfassungsmodelle und Ansätze zum Verständnis der Menschenrechte

* Doctor en Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame (EE. UU.); y licenciado en Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel 1 Conacyt México). carlosmoller@hotmail.com

Agradezco a Daniel Tenorio Pérez su colaboración en tareas de investigación. Las ideas del presente texto no hubiese sido posible concebirlas sin la ayuda y asesoría del profesor Donald P. Kommers (1932-2018). Este artículo está dedicado a su memoria.

zu entwickeln. Im vorliegenden Artikel soll auf drei Ideen eingegangen werden, die von diesem Konstitutionalismus vertreten werden und die sich für Lateinamerika als bedeutsam erwiesen haben: die Notwendigkeit der Verfassungsaktualisierung, die Bedeutung des Konzepts der Menschenwürde und die Drittwirkung der Grundrechte.

Schlagwörter: Deutscher Konstitutionalismus, Menschenwürde, Drittwirkung.

ABSTRACT

The German Constitution of 1949 and its interpretation by the German Constitutional Court (BVerfG) have been references that have enabled the development of new constitutional models and new ways of conceiving fundamental rights during the last 70 years. This article addresses three ideas raised by this constitutionalism that have been important for Latin America: the need for constitutional renewal, the role of the concept of human dignity, and the horizontal effects of fundamental rights (*Drittwirkung*).

Key words: German constitutionalism, human dignity, horizontal effects of fundamental rights (*Drittwirkung*).

Introducción

En términos geográficos, las ciudades alemanas de Weimar y de Bonn se encuentran separadas por alrededor de 400 kilómetros. En términos históricos y constitucionales, la Constitución de Weimar y la Ley Fundamental de Bonn (ahora de toda Alemania) están separadas por el nacionalsocialismo, seguido de la más cruenta guerra que el mundo haya presenciado. El camino constitucional que se recorre en la posguerra de Weimar a Bonn es una gran lección que resulta por demás importante para todo el orbe y en especial para América Latina en los primeros 70 años de la Ley Fundamental de Alemania.

En el artículo se abordarán tres ideas enarboladas por el constitucionalismo alemán que han resultado por demás importantes en América Latina. Así, en la primera parte se tratará la necesidad de renovación constitucional. En un segundo punto se discutirán las ideas alemanas en torno al iusnaturalismo y el papel de la dignidad humana en la protección de los derechos humanos. Para finalizar, se hablará de los efectos horizontales de los derechos fundamentales.

La hipótesis de la que parte este trabajo es que las tres ideas mencionadas han tenido una importante repercusión en el constitucionalismo regional, aun cuando han sido desarrolladas, en la mayoría de los casos, incipientemente o con un propio estilo latinoamericano. Y si bien estas ideas no solo han sido desarrolladas por los alemanes, sí se les atribuye en el continente ser sus autores a pesar del relativamente poco contacto directo que se tiene en la región con el derecho constitucional de ese país.

1. La necesidad de renovación constitucional: de Weimar a Bonn

El modelo moderno de constitucionalismo en una de sus versiones más acabadas, al menos en el plano teórico, fue el que encabezó la Constitución alemana de Weimar que surgió justo después del final de la Primera Guerra Mundial en 1919 y fue derogada *de facto* por el régimen nazi durante los años treinta. Esta Constitución siguió los pasos de la Constitución mexicana de 1917 al contemplar diversos derechos sociales.¹

La Constitución Alemana de 1919 fue, en su momento, identificada como el modelo de constitución democrática que estaba destinada a crear una nueva forma racionalizada de equilibrio de poderes y a ser incluso imitada por otras naciones europeas.² De hecho, la Constitución de Weimar representó el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX.³ Weimar también fue el marco en el que se gestaron grandes debates que hoy resultan fundamentales para entender el derecho constitucional contemporáneo, como lo fue el célebre debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt,⁴ así como las aportaciones de Rudolf Smend y Hermann Heller.⁵

Sin embargo, a pesar de su texto y de sus virtudes, la Constitución de Weimar es recordada no tanto por lo que logró, sino por ser un modelo de constitucionalismo débil, subsistente en una de las peores crisis económicas de la historia en Europa y que finalmente cayó ante el poder y la violencia del nacionalsocialismo. Su eventual caída no fue obra del azar, en su corta vida fue objeto de ataques virulentos tanto de la izquierda como de la derecha y nunca logró aglutinar ninguna fuerza política en torno a su defensa. Su desaparición no despertó nostalgia alguna al ser desplazada por la Ley de Plenos Poderes (*Emächtigungsgesetz*) que sería renovada en 1937 y 1941 por el régimen nazi.⁶ De tal forma, la Constitución de Weimar fue formalmente abrogada hasta la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949.⁷

El escenario en el que la Constitución de Weimar fue concebida fue la derrota alemana de la Primera Guerra Mundial. El acuerdo que puso fin a esa disputa bélica, el

¹ La Constitución de Weimar fue creada bajo circunstancias históricas muy distintas, pero en un mismo momento histórico-constitucional, por lo que guarda muchas similitudes con la Constitución mexicana de 1917.

² Constantino Mortati, "Valoración de conjunto sobre la experiencia constitucional", en Ottmar Bühler, Walter Jellinek y Constantino Mortati, *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 18.

³ Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (trad. Manuel Martínez Neira), Madrid, Trotta, 2011, p. 149.

⁴ Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of the Weimar Constitutionalism*, Durham-London, Duke University Press, 1997, pp. 85-119.

⁵ *Ibid.*, pp. 120-144.

⁶ Mortati, *op. cit.*, p. 18.

⁷ *Idem.*

Tratado de Versalles, dispuso una serie de medidas particularmente gravosas, como el pago de indemnizaciones millonarias, la cesión de territorio y la disolución del ejército alemán. Esto, aunado a la abdicación del Kaiser Guillermo II, que puso fin al imperio alemán, la gran depresión de los años treinta y la gran inestabilidad social fueron haciendo accesible el poder a políticos que basaban su ideología en el autoritarismo y la violencia con la promesa de regresar a Alemania su grandeza perdida.⁸

Los factores que llevaron al fracaso de Weimar fueron muchos y no pueden ser atribuidos exclusivamente al modelo jurídico. Sin embargo, lo que sí parece cierto es que la Constitución de Weimar fue diseñada para un país que no existía más allá de su texto, así, por ejemplo, no se contaba con una gran idea aglutinadora, ni a nivel social ni en la Asamblea, lo cual provocó que este ideal constitucional naciera huérfano.⁹

Al no existir un proyecto mínimo de nación y al no contemplarse formas efectivas para dirimir estas controversias, terminaron convirtiéndose en un elemento de inestabilidad del orden mismo, y fue por ello que el totalitarismo (de izquierda o derecha) se presentó en cierto momento como la única salida a esa situación que se consideró insostenible.¹⁰ En cualquier modelo constitucional resultaría imprescindible la sintonía entre las relaciones institucionales previstas en el texto constitucional y la configuración real del tejido social, situación que no se dio con la Constitución de Weimar.¹¹

Al final, probablemente cualquier proyecto constitucional hubiera fracasado si consideramos los factores externos como el hecho de que al crearse la Sociedad de las Naciones se proscribiera la participación de Alemania. Sin contar con que, en ese momento histórico, se daba en Europa el choque de diferentes grupos políticos que si bien tenían en común que propugnaban por un Estado autoritario, en su ideario resultaban diametralmente discordantes.¹²

Si, por una parte, a la Constitución de los Estados Unidos de América los grandes políticos y pensadores de su tiempo se abocaron a defenderla y, en su caso, a enmendarla, en el caso de la Constitución de Weimar, al propio instrumento constitucional

⁸ Un discurso de tal naturaleza aún se encuentra presente en el imaginario político de muchos países en la actualidad, como es el caso de los Estados Unidos de América o en la misma Federación Rusa.

⁹ Mortati, *op. cit.*, pp. 66-72.

¹⁰ *Ibid.*, p. 74.

¹¹ *Ibid.*, p. 75.

¹² Si por una parte se encontraban diversos movimientos en torno al fascismo, en 1919 también se suscitó un intento de revolución comunista por parte de la Liga Espartaquista. Posteriormente, los remanentes de ese movimiento formaron el Partido Comunista Alemán (KPD) que a su vez fue proscrito por el Tribunal Federal Constitucional alemán en 1956 (véase Sentencia 5 BVerfGE 85 [1956], en Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª. ed., Durham-London, Duke University Press, 1997, p. 222).

se le consideró culpable de la catástrofe alemana, una especie de *chivo expiatorio*, más que el marco institucional para solucionar los problemas nacionales.

Finalmente, los creadores de la nueva Constitución Alemana de 1949 pudieron encontrar un punto de unión en tratar de evitar “los errores de Weimar”, limitando la importancia de los plebiscitos, restringiendo el poder al presidente, eliminando la facultad del Parlamento de paralizar al Gobierno, y asegurando la primacía de los derechos fundamentales sobre el Legislativo y el Ejecutivo.¹³ El repudio a cualquier expresión del nacionalsocialismo se convirtió en la época de la posguerra en un factor que pudo unificar el lado occidental alemán en el marco de la nueva Constitución y ese impulso fue determinante en el desarrollo del constitucionalismo germano.¹⁴ Después de la caída del bloque socialista en 1989, la Constitución y el constitucionalismo de Bonn han sido el régimen imperante para toda la Alemania unificada desde 1990.

El constitucionalismo alemán de la posguerra ha sido el estandarte y la luz que ha iluminado el camino de nuevas constituciones, nuevos modelos constitucionales y, en última instancia, nuevas formas de concebir el derecho constitucional y, sobre todo, los derechos fundamentales. Este camino ha llevado a que la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos sea cada vez menor.¹⁵

En América Latina, el constitucionalismo alemán no ha llegado de forma directa –por la evidente barrera de la distancia y, sobre todo, del idioma–, sino a través del constitucionalismo español que en gran parte lo ha adoptado. Asimismo, el constitucionalismo alemán ha sido conocido por medio de profesores latinoamericanos que se han formado en universidades y centros de investigación alemanes y que han logrado marcar diferencia en los debates contemporáneos.

La influencia alemana en América Latina ha sido posible también gracias a la obra de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, editada en español por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid. Este es probablemente uno de los textos jurídicos más influyentes en América Latina y en el mundo en el

¹³ Caldwell, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴ Sobre el constitucionalismo alemán visto desde el extranjero, la obra de Donald P. Kommers es especialmente ilustrativa. Véanse, entre muchos otros, Donald P. Kommers, “German Constitutionalism: A prolegomenon”, *Emory Law Journal*, núm. 40, 1991, pp. 837-873; Donald P. Kommers y Russels A. Miller, “Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court”, *Journal of Comparative Law*, núm. 3, 2008, pp. 194-211; Kommers, 1997, *op. cit.* En español, véase Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (trads. Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz), México, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

¹⁵ David S. Law y Mila Versteeg, “The declining influence of the United States Constitution”, *New York University Law Review*, núm. 87, 2012, pp. 763, 766 a 768. Véase, por ejemplo, esta lapidaria frase de Ruth Bader Ginsburg, jueza de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos citada por Law y Versteeg: “I would not look to the U.S. Constitution if I were drafting a constitution in the year 2012” [Yo no miraría la Constitución de los Estados Unidos si estuviera redactando una Constitución en el año 2012].

derecho constitucional, y tal vez el principal vehículo para que el nuevo constitucionalismo alemán haya sido conocido por parte de los juristas latinoamericanos. Al respecto, Carlos Bernal Pulido señala que la obra de Alexy “tiene una triple interacción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los derechos fundamentales: la identifica, la sistematiza y explica desde el punto de vista dogmático, y finalmente, aporta a ella”,¹⁶ de ahí su relevancia en este proceso.

Aquí cabe aclarar que el constitucionalismo alemán no fue el primero ni el único que se renovó durante la segunda mitad del siglo XX. El constitucionalismo italiano emanado de la Constitución de la República Italiana (*Costituzione della Repubblica Italiana*) en 1947, que entró en vigor el 1º de enero de 1948, es también notable. Sin embargo, ha sido el constitucionalismo alemán el que ha logrado posicionar sus postulados con mayor amplitud a lo largo del mundo; en última instancia, es una más de las expresiones que forman parte de un movimiento amplísimo que eventualmente sería conocido como *neoconstitucionalismo*.

El concepto de neoconstitucionalismo se acuñó a mediados de la década de los noventa del siglo XX, desde la Universidad de Génova y pronto encontró eco tanto en España como en México y otros países latinoamericanos.¹⁷ El término neoconstitucionalismo trata de explicar el desarrollo del derecho constitucional durante la segunda mitad del siglo XX; sin embargo, dicho concepto presenta particularidades que han dado pie a muchas confusiones a la hora de determinar su contenido. Para clarificar esto último, habría que tomar en cuenta que hablar de la existencia de varios (neo)constitucionalismos¹⁸ significa que el neoconstitucionalismo termina por agrupar una gran cantidad de expresiones constitucionales (prácticas jurisprudenciales, doctrinas, teorías) que en principio no parecen conectadas entre sí.

En este punto, es de destacar que muchos de los contenidos y las lecciones del constitucionalismo alemán terminan llegando a América Latina indirectamente desde finales del siglo XX y principios del XXI a partir de los postulados de este movimiento constitucional.

Los rasgos esenciales del marco jurídico-político del constitucionalismo de los derechos, según Prieto Sanchís, pueden resumirse en los siguientes aspectos:

- a) El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la constitución como norma suprema.
- b) La *rematerialización constitucional* por medio de la incorporación de normas sustantivas de los derechos.
- c) La garantía judicial y la aplicación directa de la constitución.

¹⁶ Carlos Bernal, “Estudio introductorio”, en Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. (trad. Carlos Bernal), Madrid, CEPC, 2007, p. XXVIII.

¹⁷ Leonardo García, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 41.

¹⁸ Miguel Carbonell, “Presentación”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-III UNAM, 2007, p. 9.

d) La rigidez constitucional.¹⁹

El constitucionalismo es la propuesta de un constitucionalismo *invasor* que se erige como una alternativa a la teoría iuspositivista tradicional, en particular sus manifestaciones como el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres características destacadas del iuspositivismo decimonónico, las cuales, según Paolo Comanducci, “hoy no parecen sostenibles”.²⁰ Los grandes hitos del constitucionalismo alemán terminan proponiendo la noción de que los derechos “irradian” todo un orden jurídico. A su vez, este nuevo tipo de teoría del derecho bien podría denominarse como un *positivismo incluyente*.²¹ El neoconstitucionalismo necesariamente afecta al positivismo tradicional. El carácter legalista del positivismo choca con un constitucionalismo fuerte, ya que en un modelo así, la ley ha dejado de ser la fuente suprema de derecho.²²

Se pueden exponer cuatro consideraciones útiles respecto al neoconstitucionalismo:

En *primer* lugar, es un concepto que enuncia una gran cantidad de prácticas constitucionales de países en distintos continentes y tradiciones jurídicas por demás diversas. De ahí que sea necesario hablar de varios neoconstitucionalismos, más que de una idea unificada.

En *segundo* lugar, no es un término universalmente utilizado y debatido. Realmente, muchos países que podemos considerar dentro de la tradición del neoconstitucionalismo simplemente desconocen el concepto, como es el caso de Alemania o de Estados Unidos, en donde se habla de la existencia de “un nuevo constitucionalismo” que surge en la posguerra, pero no con los elementos conceptuales y las herramientas metodológicas que se han empleado en España, Italia o América Latina.

En *tercer* lugar, es un concepto surgido para explicar una plétora de prácticas constitucionales que van desde la concepción del derecho como valores, desarrollado por el Tribunal Federal Constitucional alemán en sus primeras sentencias (como se verá más adelante), hasta posturas más positivistas como el garantismo de Luigi Ferrajoli.

En *cuarto* lugar, en opinión de constitucionalistas como Rodrigo Uprimny, el neoconstitucionalismo es una teoría que en el caso de América Latina se habría quedado atrás de desarrollos recientes en el continente a nivel constitucional en materia de protección a los pueblos indígenas y mecanismos de democracia directa, entre

¹⁹ Luis Prieto, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 25-32.

²⁰ Paolo Comanducci, “Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, p. 83.

²¹ Véase Rafael Escudero, “La respuesta positivista al desafío del neoconstitucionalismo: el positivismo incluyente”, en Susana Pozzolo (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, pp. 89 y ss.

²² Sanchis, *op. cit.*, p. 38.

otros. Estas son particularidades propias de los nuevos textos constitucionales que inaugura la Constitución colombiana de 1991 y que según este autor darían pie para hablar de un *constitucionalismo latinoamericano*.²³

La experiencia alemana de la posguerra constituye una poderosa idea que ha inspirado a los constitucionalismos latinoamericanos en las últimas décadas. La necesidad de renovación constitucional para hacer efectiva la protección de la democracia y de los derechos es no solo posible, sino indispensable. A su vez, el constitucionalismo alemán de la posguerra constituye una experiencia por demás exitosa y al grado de convertirse en sí misma –sin que esto sea del todo positivo– en una nueva utopía a seguir en medio de los procesos de democratización del continente.

Ahora bien, la fórmula alemana constitucional no puede ni ha sido seguida al pie de la letra en América Latina. Esto ha llevado a que en el continente el constitucionalismo alemán se erija como un ejemplo y modelo con resultados exitosos, como es el caso de Colombia, o catastróficos, como es el caso de Venezuela, equiparable a la debacle de la República de Weimar en lo económico, político, social y jurídico.

2. Del iusnaturalismo a la dignidad humana en la protección de los derechos humanos

La renovación constitucional de la posguerra también tiene, como se comentó, la importante característica de implicar una revisión de los postulados positivistas y formalistas que imperaban en la época.

Si bien varios fueron los teóricos que exploraron la vía del iusnaturalismo en pleno siglo XX –por ejemplo, Lon Fuller o más recientemente John Finnis–, para el ámbito alemán resulta relevante la obra de Gustav Radbruch y su ya célebre fórmula. Según explica Alexy, la “fórmula Radbruch” es expresión de un concepto no positivista del derecho. Si bien el derecho positivizado no deja de ser derecho, aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos, la fórmula introduce únicamente un límite excepcional, en donde el derecho pierde su validez cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable. En ese supuesto el derecho injusto debe ceder ante la justicia.²⁴

²³ Rodrigo Uprimny, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en César Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 109-137. En sentido opuesto, véase Pedro Salazar, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en Luis Raúl González y Diego Valadés, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 348-387.

²⁴ Robert Alexy, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, núm. 23, 2002, pp. 204 y 205. Radbruch señala: “El positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y

Las ideas de Radbruch surgen como una crítica a las leyes que se dictaron durante el nacionalsocialismo. Este gran debate surge a partir de la idea de que esta ideología hizo funcionar un régimen jurídico profundamente injusto, pero válido a partir de los estándares jurídicos de la época. Esta creencia ha sido cuestionada por autores como Garzón Valdés, quien ha afirmado que la arbitrariedad legal durante la época nacionalsocialista a través del iuspositivismo es histórica y conceptualmente falsa.²⁵

Aun así, lo más sorprendente en torno a la fórmula Radbruch es que ha sido el propio Tribunal Federal Constitucional alemán el encargado de inmortalizar este postulado al decidir el ya célebre caso de los “disparos en el muro”. Dicho caso versó sobre los asesinatos de personas al tratar de cruzar la zona fronteriza del muro de Berlín en la década de los setenta. El Tribunal alemán, en su decisión, declaró injusto el marco jurídico de la antigua República Democrática Alemana que permitió dichos actos.²⁶ La sentencia fue recurrida finalmente ante el Tribunal de Estrasburgo, en donde no se encontró violación de los derechos de los imputados.²⁷ Siendo este el pináculo de la fórmula, dicha herramienta jurídica nunca ha vuelto a usarse en el Tribunal Federal Constitucional alemán.²⁸

La región no ha sido indiferente al debate alemán, en diversos niveles –desde el más informado hasta el poco informado–. En general, en relación con el iusnaturalismo se desprenden al menos dos creencias importantes en el imaginario latinoamericano en torno a los derechos: la primera consiste en desestimar que un régimen jurídico pueda funcionar siendo totalmente indiferente a cuestiones de justicia material. El segundo punto, más cuestionable, es la creencia de que los derechos humanos, a pesar de ser derecho positivo, ya sea a nivel nacional o internacional, son parte de un ideario iusnaturalista. Dicha aseveración sin la ponderación debida resulta perjudicial para la propia causa de los derechos humanos, pues su anclaje legal y positivo es innegable.

delictivo. [...] El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia” (Gustav Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* [trad. María Isabel Azareto de Vásquez], Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1962, pp. 35 y 37).

²⁵ Ernesto Garzón, “Introducción”, en Ernesto Garzón (coord.), *Derecho y filosofía*, 3ª ed., México, Fontamara, 1999, p. 9.

²⁶ Alexy, 2002, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

²⁷ European Court of Human Rights (Grand Chamber), Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, and K.-H. W. v. Germany. Applications (nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98), Judgment, 22 march 2001.

²⁸ No obstante lo ya señalado, Robert Alexy considera que la fórmula Radbruch ha sido aplicada en otras ocasiones por el Tribunal Federal Constitucional alemán e incluso por otros tribunales alemanes sin que expresamente se la mencione. Para más información sobre este tema, véase Robert Alexy, “Una defensa de la fórmula de Radbruch” (trad. José Antonio Seoane), en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5, año 2001, pp. 75-96.

En el desarrollo del constitucionalismo alemán, el concepto de dignidad humana tiene un rol por demás importante y un desarrollo notable. Así, todo comienza con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Alemania que dispone: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Por ello, como menciona Barak, la aparición de la dignidad humana como un derecho y valor constitucional surge con las constituciones modernas.²⁹

Al respecto, hay dos cuestiones por considerar. Primero, es cierto sin duda que la dignidad humana en el régimen jurídico alemán no forma parte del derecho natural, ya que esta cláusula se encuentra constitucionalizada. Sin embargo, el mero hecho de que se le dé valor constitucional a un concepto de esas características responde a un proceso de “incrustación” en el constitucionalismo de la posguerra de cláusulas de justicia material dentro del gran y profundo proceso de revisión del positivismo-formalista que ya se explicó.

Aun así, el texto constitucional alemán no fue el primero en consagrar la dignidad humana como parte de los derechos fundamentales.³⁰ Sin embargo, sí tiene un peso constitucional más relevante que en otros regímenes.³¹ Así, por ejemplo, la dignidad humana resulta ser “intangible” y a la vez no solo oponible al poder público sino, a partir del fallo del caso Lüth, a todos incluyendo los particulares. En torno a este derecho se ha logrado construir jurisprudencialmente una idea bastante elaborada de las implicaciones del concepto de dignidad humana por parte del Tribunal Federal Constitucional alemán. Esto ha incluido en algún momento el que junto con este concepto se pueda hablar de un “orden objetivo de valores”, otra idea importante en el caso Lüth. De lo anterior, parece inevitable que en el siguiente apartado se tenga que tratar la teoría de los efectos horizontales de los derechos fundamentales o mejor conocida como *drittwirkung*.

En la actualidad, el tratamiento jurisprudencial de la dignidad humana en Alemania implica que el Estado debe respetar y proteger este derecho, lo que impide que los seres humanos puedan ser instrumentalizados y que el respeto a un estándar mínimo sea protegido incluso en relación con otros particulares.³²

La dignidad humana es reconocida en ocasiones como un derecho fundamental, un valor fundacional, una guía de interpretación de otros derechos o una consideración a ser tomada en cuenta en muchas constituciones nacionales. El rol de este concepto es especialmente importante en países que tratan de superar regímenes

²⁹ Aharon Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 3.

³⁰ Véase, por ejemplo, la Constitución Italiana de 1947 o la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

³¹ Al respecto, véase Paolo Becchi, “Human Dignity in Europe: Introduction”, en P. Becchi y K. Mathis, *Handbook of Human Dignity in Europe*, 2018, pp. 10 y 11.

³² Sobre el tema, consúltese Christoph Enders, “Human Dignity in Germany”, en Becchi y Mathis, *ibid.*, pp. 10 a 13.

autoritarios, opresivos, colonialistas o racistas.³³ El debate iusfilosófico sobre los usos constitucionales de la noción de dignidad humana es tal vez el más complejo que actualmente enfrenta el derecho constitucional con voces a favor y en contra.³⁴ Lejos de ser un tema agotado, está poco explorado en el contexto latinoamericano.

La idea de la dignidad humana como parte de los derechos ha permeado en América Latina a nivel constitucional en diferentes formas. Por una parte, está el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en donde el concepto ha sido ampliamente desarrollado y adaptado al contexto latinoamericano.³⁵ Igualmente, en otros constitucionalismos la noción puede llegar a resultar muy básica, con muchos lugares comunes y sin que el desarrollo de la jurisprudencia alemana o de otros países sea tomada en cuenta.³⁶

No obstante, el gran riesgo de la propia noción de dignidad humana es su enorme amplitud y el considerable margen de interpretaciones que pueden, en ocasiones, ir en contra de los propios derechos de las personas. Esto llegó a ocurrir, por ejemplo, en el caso de la censura a la película *La última tentación de Cristo* por parte del Gobierno chileno y la decisión de la Corte Suprema de Chile que la mantuvo al mencionar que el derecho a la dignidad humana de Jesucristo se vería afectado en caso de proyectarse dicha película. El caso fue finalmente revisado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ordenando, incluso, reformar la Constitución de Chile que permitía la censura previa.³⁷ Este es solo un ejemplo de cómo la noción de dignidad humana puede ser relativizada al grado de desnaturalizar otros derechos, como en este caso, la libertad de expresión.

³³ Henk Botha, "Human Dignity", en M. Sellers y S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2018, p. 4.

³⁴ Véase, por ejemplo, el debate McCrudden-Carozza en Christopher McCrudden, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 655; Paolo Carroza, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply", *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, p. 931. Para una comparativa entre el tratamiento de la dignidad humana en Alemania y los Estados Unidos, véase Edward Eberle, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, Ed. Praeger, 2002. En una perspectiva mucho más amplia, véase Barak, *op. cit.*

³⁵ Sobre el tema puede consultarse la recopilación realizada en J. P. Montero, *La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio sobre su evolución conceptual*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

³⁶ Infortunadamente, este es el nivel de debate sobre el tema en México, en donde apenas se han explorado los lugares comunes propios de este concepto, a pesar de su inclusión constitucional.

³⁷ Véase el resumen del peritaje de José Zalaquette Daher en Corte IDH, Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 73.

3. Los efectos horizontales de los derechos fundamentales

Hoy en día es dado por hecho que los derechos humanos y los derechos fundamentales deben ser respetados, en primer lugar, por el Estado y todos sus agentes. Igualmente, es aceptado que los efectos de los derechos constitucionales permean todo el régimen jurídico de un país, incluso llegando a los confines de las relaciones entre particulares.

La forma abreviada para hablar sobre los efectos horizontales de los derechos fundamentales en relación con los particulares fue concebida por Ipsen en la frase “*Drittwirkung der Grundrechte*”, que pone de relieve la importancia de que estos derechos son ahora oponibles a terceros.³⁸ En América Latina es común que se hable simplemente de *drittwirkung* como una palabra que encapsula este concepto. Esta idea, que en la actualidad se encuentra firmemente establecida, resultaba revolucionaria en el constitucionalismo de mediados del siglo XX y es fruto de la decisión del Tribunal Federal Constitucional alemán en el caso Lüth.

En el caso Lüth, el Tribunal Federal Constitucional alemán tuvo que medir el alcance del derecho a la libertad de expresión *vis-à-vis* las previsiones del Código Civil alemán. Los hechos datan de 1950 en la época de la posguerra. En ese entonces, Veit Harlan –un popular director de cine bajo el régimen nazi que produjo varios filmes antisemitas (incluido probablemente el más infame, *Jud Süß*)– presentaba su nueva película llamada *Amante inmortal (Unsterbliche Geliebte)* que en su contenido no era antisemita ni tenía ninguna referencia al nazismo. Aun así, Erich Lüth, un funcionario público de Hamburgo, se sintió ultrajado por el regreso de Harlan como director de cine. Lüth condenó la película y ante productores y distribuidores de cine urgió a que fuera boicoteada.³⁹ Finalmente, el productor y el distribuidor del filme de Harlan obtuvieron una orden de la Corte Superior de Hamburgo solicitando que Lüth cesara y desistiera de su boicot.⁴⁰ Tras perder en apelación, Lüth recurrió al Tribunal Federal Constitucional alemán alegando que su derecho a la libertad de expresión había sido vulnerado.⁴¹

El reclamo de Lüth prevaleció, aun cuando Harlan habría tenido, bajo las provisiones del Código Civil Alemán, el derecho de demandar a Lüth. En particular, el Tribunal consideró que los tribunales inferiores no habían valorado correctamente la importancia del derecho fundamental a la libertad de expresión.⁴² Lo realmente innovador del caso Lüth es el alcance de los derechos fundamentales en cuestiones que, en principio, pertenecen al ámbito civil.

³⁸ Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 90.

³⁹ Kommers, *op. cit.*, 1997, p. 362.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

La sentencia en el caso Lüth cambió la noción de que los derechos constitucionales solamente debían ser considerados como “derechos subjetivos” en su versión más formal y estática. Esto, dado que los derechos fundamentales no solo poseen una dimensión *vis-à-vis* el Estado, sino una dimensión objetiva que incluye al mismo Estado y a cualquier persona. Así, los derechos constitucionales no solo tienen una dimensión subjetiva sino objetiva, con un contenido axiológico.⁴³ Sin embargo, la dimensión objetiva, lejos de expandirse en su interpretación, se ha aplicado en pocos casos en esta formulación.⁴⁴

Una de las características más controversiales de Lüth es el uso de la teoría de los valores en la interpretación constitucional de los derechos.⁴⁵ Si bien en la actualidad este tipo de interpretación ha caído en desuso en Alemania, en el caso Lüth esta teoría alcanzó su clímax.⁴⁶ En Lüth, la dignidad humana entendida como valor es considerada en el más alto nivel en un “orden objetivo de valores” (*objektive wertordnung*) que es parte de la Constitución alemana. De ahí que en el citado fallo, el Tribunal alemán haya establecido que *cada disposición de derecho privado deba ser compatible con este sistema de valores, y cada disposición deba ser interpretada en este espíritu*.⁴⁷

Las mayores críticas en la literatura alemana sobre esta materia van, según Alexy, del rechazo radical a la aceptación enfática.⁴⁸ Para Forsthoff, una teoría de los valores puede llevar a la pérdida de racionalidad y nivel científico del derecho constitucional.⁴⁹ Por otra parte, académicos como Donald Kommers describen la idea como “genial”, argumentando que el Tribunal Federal Constitucional alemán ha rechazado la noción de un Estado neutral, valorativamente hablando, y más bien denota uno abocado a la protección de un “orden objetivo de valores”.⁵⁰

La revisión constitucional en contra del positivismo-formalista en el constitucionalismo alemán de la segunda mitad del siglo XX hizo posible la constitucionalización de la noción de dignidad humana y el desarrollo jurisprudencial de un “orden objetivo de valores”. Adicionalmente, Lüth es un caso particularmente importante en este proceso, ya que presentaba dos tipos de dificultades para las cuales el positivismo de esa época no tenía respuesta alguna: por una parte, la muy particular,

⁴³ Julián Tole, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2006, p. 59.

⁴⁴ Christian Starck, “Constitutional Interpretation”, en Christian Starck, *Studies in German constitutionalism: the German contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos, 1995, p. 64.

⁴⁵ Ernst Wolfgang Böckenforde, *State, society, and liberty: Studies in political theory and constitutional law*, New York, Ed. Berg, 1991, p. 179.

⁴⁶ Alexy, 2007, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁷ Lüth 7 BVerfGE 198 (1958), consultado en Kommers, *op. cit.*, p. 363.

⁴⁸ Alexy, 2007, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

tajante e intransigente distinción entre el derecho público y privado en Alemania. Igualmente, el marco jurídico constitucional y civil de esa época que impedía la comunicación entre ambas ramas del derecho. Este avance en el derecho dentro de la tradición romano-germánica es tan importante que si hoy es dada por cierta es porque en algún momento el Tribunal Federal Constitucional Alemán resolvió Lüth de esa forma.

Sin embargo, por más atractivo que pueda parecer, los tribunales constitucionales no pueden cambiar las reglas del juego permanentemente, ni utilizar doctrinas de derecho natural para resolver todos los casos; esa circunstancia pondría en riesgo por sí misma la democracia. En primer lugar, el uso constante de una teoría de los valores convertiría las labores del poder judicial en un ejercicio de filosofía y ética más que en decisiones jurídicas. Asimismo, las obligaciones de los ciudadanos nos serían difíciles de conocer en cualquier contexto. En segundo lugar, un uso extensivo de la teoría de los valores terminaría por menoscabar la función legislativa. Por ello, el gran éxito de estas fórmulas en el constitucionalismo alemán no parece ser su uso extensivo, sino su uso estratégico y contenido a pocas, pero muy importantes, decisiones de corte paradigmático. Finalmente, estos postulados dieron paso a la ponderación y al test de proporcionalidad, ideas también determinantes del constitucionalismo alemán, que tendrían que ser objeto de análisis en otro trabajo.

El debate latinoamericano en torno a la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido bastante diferente. En primer lugar, el debate alemán en sus densas complejidades no ha podido ser estudiado a profundidad, aun cuando varios juristas latinoamericanos han escrito obras importantes respecto a este tema en diversas ocasiones.⁵¹ En segundo lugar, en la práctica efectiva de los órdenes constitucionales del continente, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares parece acercarse más a la doctrina estadounidense de *state action*, más que a la *drittwirkung*.⁵²

A pesar de lo anterior, podríamos decir que en América Latina nos agrada la utopía. De ahí que independientemente del ejercicio que se trate cuando hablamos, hacemos y nos referimos a que los derechos constitucionales o incluso internacionales sean exigibles al Estado por actividades de particulares simplemente denominamos genéricamente a ese hecho como *drittwirkung*. Es por ello que el vocablo alemán es bastante reconocido y socorrido en el constitucionalismo

⁵¹ Véanse, entre otras, las obras de Estrada, *op. cit.*, y Javier Mijangos, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007.

⁵² En México, desde 2013, la Ley de Amparo contempla en su artículo 5º, fr. II, párrafo segundo: "Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general". Es decir, realmente en este caso no estaríamos ante un tipo de *drittwirkung* alemán, sino ante un tipo de *state action* muy acotado por la formalidad de la legislación.

latinoamericano.⁵³ Esto incluso ha permeado a la Corte IDH que en varias de sus sentencias ha hecho alusión a esta expresión, aun cuando lo que realmente se estaba aplicando eran las reglas generales de responsabilidad que dicta el derecho internacional.⁵⁴ Una vez más, se demuestra el gran ascendiente que posee el constitucionalismo alemán en la región, incluso por encima del constitucionalismo de los Estados Unidos de América.

Reflexión final

El camino recorrido por el constitucionalismo alemán a partir de la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn es importante e inspirador. No solo en los aspectos jurídicos más técnicos, sino incluso como ideario político. El constitucionalismo alemán de la posguerra ha tenido una buena recepción en América Latina y la profundización de su conocimiento podría aun ayudarnos en nuestros procesos constitucionales actuales.

El espíritu renovador del constitucionalismo alemán hizo necesario que para alcanzar el éxito fuera preciso reescribir los mismos fundamentos del derecho constitucional moderno. De ahí que la superación del positivismo más formalista, la inclusión de cláusulas en torno a la protección de la dignidad humana y la expansión de la protección de los derechos incluso *vis-à-vis* particulares fueran los primeros pasos en la construcción de una nueva forma de ver los derechos. Al final estas ideas, en su versión más básica, son íconos del constitucionalismo contemporáneo.

El camino alemán puede ayudar a democracias consolidadas y procesos constitucionales complejos; también puede servir para orientar la reconstrucción de un régimen constitucional destruido. En el caso de México, las lecciones son importantes a partir de la profunda renovación constitucional motivada por la entrada del derecho internacional de los derechos humanos con la reforma constitucional de junio de 2011. El escenario es muy diferente al alemán, pero los retos al final tienen algún parecido: el extremo formalismo, las violaciones graves de derechos humanos del

⁵³ Sobre ejemplos de la influencia alemana de esta figura en América Latina, véase Marie-Christine Fuchs, *El efecto radiante de los derechos fundamentales y la autonomía del derecho privado: la "sentencia Lüth" y sus efectos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, enero de 2019.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A, núm. 18, párr. 140, y el voto del juez Antonio Cançado Trindade, gran promotor del término en la Corte IDH. Sobre el tema en el derecho internacional público, consúltese el comentario al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, New York, United Nations, 2001).

pasado –e incluso las que ahora atentan contra la dignidad de las personas– y un sector privado cada vez más poderoso que parece no tener freno en las leyes ordinarias.

Bibliografía

- ALEXU, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch” (trad. de José Antonio Seoane), en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, año 2001.
- _____, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa*, núm. 23, 2002.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Madrid, CEPC, 2007.
- BARAK, Aharon, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- BECCHI, P. y K. MATHIS, *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer, 2018.
- BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang, *State, society, and liberty: Studies in political theory and constitutional law*, New York, Ed. Berg, 1991.
- BOTHA, Henk, “Human Dignity”, en M. SELLERS y S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2018.
- BÜHLER, Ottmar, Walter JELLINEK y Constantino MORTATI, *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, Tecnos, 2010.
- CALDWELL, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of the Weimar Constitutionalism*, Durham-London, Duke University Press, 1997.
- CARBONELL, Miguel, “Presentación”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-III UNAM, 2007.
- CARROZA, Paolo, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights: A Reply”, *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003.
- EBERLE, Edward, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, Ed. Praeger, 2002.
- ENDERS, Christoph, “Human Dignity in Germany”, en P. BECCHI y K. MATHIS, *Handbook of Human Dignity in Europe*, 2018.
- ESTRADA, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días* (trad. Manuel Martínez Neira), Madrid, Trotta, 2011.

- FUCHS, Marie-Christine, *El efecto radiante de los derechos fundamentales y la autonomía del derecho privado: la "sentencia Lüth" y sus efectos*. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- GARCÍA, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- GARZÓN, Ernesto, "Introducción", en Ernesto GARZÓN VALDÉS (coord.), *Derecho y filosofía*, 3ª ed., México, Fontamara, 1999.
- GONZÁLEZ Luis Raúl y Diego VALADÉS, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013.
- KOMMERS, Donald P., "German Constitutionalism: A prolegomenon", *Emory Law Journal*, núm. 40, 1991, pp. 837-873.
- _____, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª ed., Durham-London, Duke University Press, 1997.
- _____, y Russels A. Miller, "Das Bundesverfassungsgericht: Procedure, Practice and Policy of the German Federal Constitutional Court", *Journal of Comparative Law*, núm. 3, 2008, pp. 194-211.
- LAW, David S. y Mila VERSTEEG, "The Declining Influence of the United States Constitution", *New York University Law Review*, núm. 87, 2012.
- MCCRUDEN, Christopher, "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008.
- MIJANGOS, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2007.
- MONTERO, J. P., *La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio sobre su evolución conceptual*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.
- POZZOLO, Susana (ed.), *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011.
- PRIETO, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- PULIDO, Carlos Bernal, "Estudio introductorio", en Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Madrid, CEPC, 2007.
- STARCK, Christian, "Constitutional Interpretation", en Christian STARCK, *Studies in German constitutionalism: the German contributions to the Fourth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- TOLE, Julián, "La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 15, 2006.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en César RODRÍGUEZ, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

Jesús María Casal* (Venezuela)

Los escenarios de fundación constitucional y la génesis de la Ley Fundamental de 1949

RESUMEN

En este trabajo se examinan los escenarios de fundación constitucional y la gestación de la Ley Fundamental de 1949. Se analiza también la Constitución de Weimar y su demolición final por el nacionalismo, para comprender cabalmente el giro histórico representado por la Ley Fundamental, y se subraya la significación que esta alcanzó con motivo de la reunificación de Alemania. Se reformulan categorías explicativas empleadas por la doctrina, referidas a los patrones de creación constitucional y se enuncian, finalmente, algunas reflexiones sobre la importancia de esos conceptos y vivencias constitucionales desde la perspectiva latinoamericana y venezolana en particular.

Palabras clave: creación constitucional, Ley Fundamental de 1949, reunificación.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Szenarien der Verfassungserrichtung und dem Entstehen des Grundgesetzes von 1949. Sie untersucht weiterhin die Weimarer Verfassung und ihre letztendliche Zerstörung durch den Nationalsozialismus, um ein umfassendes Verständnis für den historischen Neuanfang zu gewinnen, den das Grundgesetz bedeutete, und hebt seine Bedeutung im Kontext der deutschen Wiedervereinigung hervor. Danach erfolgt eine Neuformulierung der doktrinären Erklärungsansätze zu den für die Errichtung von Verfassungen zur Verfügung stehenden Mustern. Einige Überlegungen zur Bedeutung dieser Verfassungskonzepte und -erfahrungen aus lateinamerikanischer und vor allem venezolanischer Perspektive beschließen den Beitrag.

* Profesor de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Premio Georg Forster de la Fundación Alexander von Humboldt. jesusmariacasal@gmail.com

Schlagwörter: Verfassungserichtung, Grundgesetz von 1949, Wiedervereinigung.

ABSTRACT

This work examines scenarios of constitutional foundation and the gestation of the Basic Law of 1949. It also analyzes the Weimar Constitution and its final demolition by nationalism, in order to fully understand the historical turn represented by the Basic Law, and it highlights the significance achieved by the Basic Law as a result of the reunification of Germany. The article reformulates explanatory categories employed by the doctrine, referring to the patterns of constitutional creation, and, finally, it reflects on the importance of these concepts and constitutional experiences from the Latin American and Venezuelan perspectives in particular.

Key words: Constitutional creation, Basic Law of 1949, reunification.

Introducción

Al cumplirse 70 años de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es importante preguntarnos acerca de sus aportes al constitucionalismo contemporáneo, lo cual comprende no solo la valoración de los aspectos referidos al contenido de esa Constitución y a su interpretación por parte del Tribunal Constitucional Federal, en los cuales suele centrarse el análisis doctrinal, sino también y muy especialmente, con mayor razón a medida que su vigencia se prolonga, la apreciación de los desafíos ligados a su proceso de elaboración y del significado que alcanzó con motivo de la reunificación alemana. La gestación constitucional desarrollada en una Alemania derrotada militarmente, postrada socioeconómicamente y ocupada por las potencias aliadas insufló, sin embargo, un espíritu renovado para la reconstrucción democrática que se había iniciado y trazó las líneas maestras de la evolución institucional posterior. Esta epopeya constitucional, solapada bajo los condicionamientos de las indicaciones de los aliados, de la resistencia a adoptar un texto constitucional definitivo, del sentimiento de culpa histórica y de los procedimientos modestamente democráticos que fueron preferidos con miras a la discusión y aprobación de la Ley Fundamental, se ha hecho con el tiempo más visible y representa un capítulo relevante en el estudio comparativo de los escenarios de fundación constitucional.

Este trabajo pone de relieve los elementos característicos de ese momento de producción constitucional, así como su proyección sobre la reunificación, y examina contribuciones teóricas referidas a los patrones de fundación constitucional que han abordado la experiencia alemana de 1949. También, formula algunas reflexiones sobre la situación institucional venezolana y sobre las lecciones que es posible extraer del momento constitucional continuado de la República Federal de Alemania.

1. Los escenarios de fundación constitucional

Un autor de referencia en relación con los escenarios de fundación constitucional es el profesor estadounidense Bruce Ackerman. En su trabajo sobre el auge del constitucionalismo mundial¹ recoge varias de sus ideas previas sobre la materia y estudia dos escenarios principales: el federal y el de los nuevos comienzos, que se diferenciarían en función de los patrones prevalecientes durante la fundación constitucional (patrones de fundación). La principal vertiente del primero se caracterizaría por la búsqueda de una articulación entre distintos centros de poder y produciría normalmente un proceso “continuo de coordinación intensiva”,² en virtud del cual el tratado-constitución se iría perfilando progresivamente como constitución;³ en el segundo escenario, la constitución se erigiría en “señal simbólica de una gran transición en la vida política de una nación”,⁴ es decir, en símbolo de un nuevo comienzo y de un gran logro en la autodefinition nacional.

El arquetipo del primer escenario se hallaría en la formación de los Estados Unidos de América; el segundo se cumpliría en situaciones que el autor califica como la constitucionalización del carisma, en las que el nuevo comienzo estaría íntimamente asociado a un liderazgo de igual signo, como el de Nelson Mandela en Sudáfrica o el de Charles de Gaulle en Francia. Se trata de circunstancias en las que los héroes y movimientos sociales convierten una victoria política decisiva en estructuras constitucional duraderas.⁵

En otras de sus obras, Ackerman ha prestado singular atención a los nuevos comienzos como generadores naturales de nuevas constituciones. Lo ha hecho sobre todo para explicar la evolución constitucional estadounidense, con sucesivos episodios o epopeyas de reconfiguración colectiva de la identidad política y constitucional. Con base en ideas de Arendt referidas a la revolución como nuevo comienzo y su impacto transformador en la conciencia política, Ackerman reconoce en la historia estadounidense un modo de producción constitucional que sobrepasa los procedimientos formales de enmienda y que, a la vez, no supone una ruptura abierta con el sistema constitucional. A partir de allí construye un modelo de formación constitucional anclado en esa idea triunfalista del nuevo comienzo, de la redefinición con y por el pueblo de las reglas básicas del gobierno constitucional.⁶

¹ Bruce Ackerman, “The Rise of World Constitutionalism”, *Faculty Scholarship Series, Yale Law School*, 1997, paper 129, pp. 771 y ss.

² *Ibid.*, pp. 775 y ss.

³ El autor considera también la situación inversa, de involución de la constitución al tratado-constitución (*ibid.*, pp. 777 y ss.).

⁴ *Ibid.*, p. 778.

⁵ *Ibid.*, p. 780.

⁶ Bruce Ackerman, *We the People, Foundations*, vol. 1, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

El peso que el autor otorga, seguramente con razón, a esa vertiente de la creación constitucional en la interpretación de la evolución política de los Estados Unidos le lleva, a mi juicio, a restar significación a otros procesos de formación constitucional en el momento de emprender un análisis comparativo de diversas experiencias de génesis constitucional en el mundo. Al mismo tiempo, tiende a sobredimensionar el desarrollo del Estado federal en ese país, al presentar el escenario federal como uno de dos grandes prototipos de generación constitucional. Este es efectivamente relevante en perspectiva de derecho comparado, pero pareciera que no hasta el punto de ubicarse al lado de la categoría de los denominados nuevos comienzos, aunque ello obedece a que el autor, al delinearlos, tiene en cuenta las consecuencias de cada uno sobre el comportamiento de la jurisdicción constitucional, que es un objeto central de su reflexión.

En especial, es importante observar que el autor tiende a identificar el escenario del nuevo comienzo con los episodios de liderazgo carismático y de triunfalismo, lo cual no es exacto, como veremos, puesto que la renovación política bien puede tener lugar como parte de un esfuerzo concertado de agentes plurales, con elevada carga racional y en condiciones que acentúen no tanto la victoria alcanzada cuanto la necesidad de superar situaciones dolorosas u oprobiosas y de no repetir previos errores. El autor no niega esta posibilidad, pero califica el caso de Alemania y de su Ley Fundamental como atípico, por evidenciar una génesis constitucional surgida de una derrota catastrófica, antes que de un triunfo colectivo. Ni siquiera es certera la identificación entre el escenario de impronta carismática y el sentimiento de triunfo, pues el propio Max Weber –a quien Ackerman toma con adaptaciones, como base para su categorización–, explicó que el liderazgo carismático suele emerger tanto en situaciones de entusiasmo como en las de indigencia o desvalimiento.⁷

La bipartición ofrecida por el autor, por otro lado, tiene la debilidad de plantear dos clases o modelos de fundación constitucional que no son excluyentes entre sí. Como él mismo admite, se trata de escenarios “analíticamente independientes”.⁸ La misma formación constitucional estadounidense demuestra que el escenario federal puede suscitarse junto al de los nuevos comienzos. En el trabajo precitado se menciona a estos efectos la experiencia de ese país desde la década de los ochenta del siglo XVIII hasta la de los sesenta del siglo XIX, ya que la reconstrucción y, en particular, la ratificación de la Enmienda XIV en 1868 consolidarían el concepto de constitución, frente al de tratado-constitución, y dejarían en evidencia el momento triunfalista del nuevo comienzo. No obstante, antes incluso de aludir a la reconstrucción, la fundación de los Estados Unidos ilustra sobremanera este último escenario, como el mismo autor lo ha explicado luminosamente en otros estudios. También puede darse la eclosión de la victoria revolucionaria sin una dinámica fundacional

⁷ Max Weber, *Economía y sociedad*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 193 y ss.

⁸ Ackerman, 1997, *op. cit.*, p. 791.

cooperativa-federalizante, y viceversa. En rigor, Ackerman no formula una clasificación de los escenarios de creación constitucional, ya que el criterio de distinción que podría sustentarla no es reconocible. Simplemente menciona dos manifestaciones posibles de la fundación, con la mirada puesta en las implicaciones de cada una en el despliegue del control judicial de constitucionalidad.⁹

Reconociendo, sin embargo, la lúcida y orientadora caracterización del escenario del nuevo comienzo en los trabajos de Ackerman, tomo de allí algunos elementos para aludir a tres situaciones principales de producción constitucional auténtica, diferenciadas según el espíritu reinante en ese momento genético: en primer lugar, la de la *fundación* nacional, en que convergen aportes diversos para iniciar una nueva convivencia política, con soberanía e independencia; en segundo término, la de la salvación nacional, que lleva la huella de la necesidad de *superar*, en común si es posible, un pasado oprobioso o circunstancias que ponen en riesgo las bases de la existencia sociopolítica; y, por último, la de la *ruptura* con el sistema precedente, considerado insuficiente por motivos diversos, la cual se caracteriza por el intento de establecer un nuevo proyecto o paradigma político, con talante revolucionario, y de desplazar a una élite afincada en el poder.

Interesa focalizar el análisis en estos dos últimos supuestos. En el de la salvación nacional, el énfasis se pone en la suma de voluntades para dejar definitivamente atrás experiencias devastadoras o regímenes de legitimidad decadente, que, por su acusada prolongación en el tiempo, sus ingentes efectos dañinos o su palmario desajuste respecto de la realidad política, y por la inamovilidad o férrea resistencia a la evolución observada en las esferas de poder, solo pueden ser removidos efectivamente mediante la agregación de todas las fuerzas políticas y sociales. En el supuesto de la producción constitucional asociada al cambio de paradigma, prima la pugnacidad con los actores del sistema que se quiere defenestrar, así como la crítica a sus ejecutorias y a los principios que habrían guiado su actuación. En el primero, un pasado vergonzoso o amargo, cuya perdurabilidad o repetición debe evitarse y que de alguna manera se entiende fue resultado de equivocaciones en las que como nación se ha incurrido, obliga moralmente a la regeneración colectiva; en el segundo, sobresale el afán de implantar un nuevo ideario político y de transformar con arreglo al mismo las bases políticas o económico-sociales tradicionales. La situación de fundación nacional o estatal, por su parte, puede ser de uno u otro signo.

La situación rupturista es afín a los procesos revolucionarios y suele llevar consigo, por tanto, la reivindicación de una superioridad moral, la convicción de que deben regir nuevos valores y de que estos deben ser levantados sobre las cenizas del ideario político precedente, cuando no también del liderazgo de sus promotores. Mientras que la situación de la reconstrucción desde la devastación o el desaliento, acaso de la desconfianza en las propias fuerzas individuales, se nutre de una

⁹ *Ibid.*, pp. 775 y ss.

moralidad distinta a la pretérita, pero procura integrar al mayor número posible de actores en la recuperación colectiva.

En definitiva, se trata de distinguir entre momentos de gestación constitucional caracterizados por lo colaborativo, y otros en los que son corrientes e intensos los conflictos vinculados al quiebre político. Muestra de lo primero son constituciones como la italiana de 1948, la alemana de 1949, la venezolana de 1961 y la española de 1978; ejemplo de lo segundo son las constituciones venezolanas de 1947 y 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009. Evidentemente, puede haber situaciones intermedias o mixtas, ya que la diferenciación esbozada resulta más cuantitativa que cualitativa. Los elementos de distinción enunciados son además relativos, pues en todos los casos mencionados hay un rompimiento institucional, aunque sea distinta la forma en que este se produce y el espíritu que impulsa el levantamiento de la nueva estructura constitucional. Pero la clasificación apuntada, sin pretender ser exhaustiva, puede ser útil para entender la dinámica de los procesos constituyentes y su proyección sobre la constitución naciente y su aplicación futura.

Son muchos los motivos y las circunstancias que pueden impulsar la génesis constitucional o la reforma de las constituciones. Confluyen en esta materia la razón, las emociones y los intereses,¹⁰ no necesariamente en este orden. No es objeto de estas líneas analizar las diversas causas explicativas de la producción constitucional. Los escenarios antes señalados pretenden solo abarcar grandes situaciones prototípicas de la creación de nuevas constituciones, desde la perspectiva apuntada.

El carisma y la importancia de un líder o actor central movilizador pueden hacerse patentes en cualquiera de esas circunstancias gestacionales: en un periodo fundacional estatal, como sucedió con Bolívar o Páez en Venezuela y las constituciones de 1819 y 1830, respectivamente; en la gesta de la defensa nacional, como ocurrió con de Gaulle en Francia y la Constitución de 1958; o en el contexto de la instauración de un nuevo paradigma, como sucedió con Hugo Chávez en Venezuela, con Evo Morales en Bolivia o con Rafael Correa en Ecuador, con las observaciones que luego haré respecto de Venezuela. El escenario conflictivo-rupturista es el que suele estar más próximo al carisma y al liderazgo personal, aunque no le es ni exclusivo ni indispensable, ya que puede darse aunque no hayan existido un liderazgo ni un carisma descolantes en cabeza de un individuo determinado, motorizador en gran medida del momento genético. Ni este ni los demás escenarios arriba esbozados dependen necesariamente de un liderazgo carismático personal, como lo muestran las constituciones venezolanas de 1811, en fase fundacional nacional; y la de 1961, en clave de recuperación democrática tras la dictadura de Marcos Pérez Jiménez; o, en cierto grado, la Constitución colombiana de 1991, como manifestación de un proceso colectivo de levantamiento de un nuevo modelo político-constitucional que tuvo cierta dimensión rupturista.

¹⁰ Jon Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making process", *Duke Law Journal*, núm. 45, 1995, pp. 364 y ss.

Una ilustración de la posibilidad de combinaciones se encuentra en la Constitución sudafricana, la cual demuestra que la fractura política puede tener un sello carismático sin que ello se traduzca en un ánimo excluyente que agrave los conflictos. Mandela promovió en Sudáfrica, junto a De Klerk, entre otros, una transición pactada y pacífica y a la vez categórica en la eliminación de la discriminación racial institucionalizada, lo cual se reflejó, además, en una Constitución que posee un significativo compromiso de transformación.

Tras estas consideraciones generales, conviene poner la mirada nuevamente sobre la Ley Fundamental. Ackerman estima que su gestación representa un caso atípico del escenario del nuevo comienzo y del éxito simbólico de la Constitución, ya que presupuso no una victoria alentadora, sino una “derrota catastrófica”.¹¹ El ejemplo estándar de aquel escenario estaría representado por el protagonismo de determinados héroes y de los movimientos sociales concomitantes y su marcha triunfal en el espacio público. El éxito de la Ley Fundamental como Constitución se explicaría por el desempeño del Tribunal Constitucional Federal, la autoridad moral de quienes desde el principio lo integraron y la enorme prosperidad económica que consiguió Alemania Occidental en el periodo de prueba de la posguerra. Ello habría hecho posible que, pese a las circunstancias aciagas que acompañaron la elaboración de esa Constitución, entre ellas la ocupación por los aliados, se hubiera alcanzado el logro simbólico constitucional.¹²

Sin embargo, al lado de la experiencia, ciertamente singular, de la Ley Fundamental y de la República Federal de Alemania se encuentran otras muchas en las que el afianzamiento de la constitución como símbolo de la identidad política se corresponde más con contextos signados por la conciencia colectiva sobre la necesidad de superar, desde la debilidad o la incertidumbre sobre la propia fuerza, como individuos, movimientos o partidos, un pasado penoso, en clave más de modestia o prudencia y de esfuerzo mancomunado que de triunfalismo de un grupo y sus líderes. Si tenemos en cuenta la diversidad de los procesos de generación constitucional asociados a nuevos comienzos y si se quieren apreciar más ampliamente las consecuencias institucionales de los escenarios gestacionales, parece relevante y provechoso situar al lado del escenario triunfalista-carismático el de la conciencia de la necesaria rectificación histórica. Este último supuesto, también frecuente, ayuda igualmente a explicar la manera como se elaboran las constituciones y como son luego interpretadas en términos judiciales.

Lo que conceptualmente es preciso captar es que así como es natural que las revoluciones lleven consigo una nueva constitución y que a partir de esa marcha triunfal ella se erija en símbolo de identidad nacional y compromiso democrático, la génesis constitucional basada en la conciencia sobre un fracaso o infortunio histórico y en la incapacidad de remontarlo de manera unilateral es igualmente fructífera en

¹¹ Ackerman, 1997, *op. cit.*, p. 782.

¹² *Ibid.*, pp. 779 y ss.

el momento de convertir la constitución en símbolo poderoso de la regeneración nacional. Puede incluso ofrecer más estabilidad al proyecto constitucional, porque favorece el consenso en su diseño. En el caso alemán, la significación de la Ley Fundamental se explica no solo por la actuación de la jurisdicción constitucional, ciertamente decisiva en su éxito como Constitución, y los demás factores señalados, sino también por el contenido de la Ley Fundamental.

La génesis de la Constitución italiana de 1948 es otro ejemplo de este segundo escenario. El historiador del derecho y hasta hace poco presidente de la Corte Constitucional italiana, Paolo Grossi, cuando examinó la formación de la Constitución de la República Italiana, aún vigente, sostuvo que los integrantes de la Comisión de 75 constituyentes a los que se encomendó redactar el proyecto de Constitución “representaban ideologías muy diferentes, respondían a perfiles (y no, por cierto, de escasa importancia) contrapuestos, por lo que podría pensarse que todo podía acabar en contiendas vulgares o en igualmente vulgares transacciones”.¹³ Pero el resultado fue otro, apunta, porque

... la fuerza espiritual de aquellos hombres nacía del sufrimiento soportado bajo el talón opresivo de la dictadura y de los desastres generados por la guerra. Probados como estaban por sus pasadas angustias y aún por los ultrajes infligidos por las aberraciones del poder despótico, no es difícil ni tendencioso imaginarlos completamente dispuestos a mantener una unidad sustancial, determinados a elaborar algo que perdurara un largo periodo de tiempo y, por consiguiente, preparados para sentar sobre un terreno consistente, los sólidos cimientos de un novísimo edificio.¹⁴

Esto le llevó a calificar a la Constitución italiana como un auténtico “acto de razón”.¹⁵ Su elaboración supuso cribar la intencionalidad política, de modo que fueran desechados los rencores partidistas o ideológicos.

Algo similar ocurrió durante el funcionamiento de la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional que trabajó en el proyecto de la Constitución venezolana de 1961. Tal como lo destacaron quienes la presidieron, el senador Raúl Leoni, de Acción Democrática, y el diputado Rafael Caldera, del Partido Socialcristiano Copei, se procuró que los debates referidos a la formulación de la nueva carta no se desplazaran precipitada o innecesariamente al terreno ideológico, para que las diferencias que en ese ámbito pudieran surgir, y de modo encendido, no obnubilaran el entendimiento e impidieran hallar consensos en soluciones normativas concretas. Podríamos decir que la Constitución de 1961 fue igualmente un acto de razón, la

¹³ Paolo Grossi, “La Constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en Miguel Carbonell y Óscar Cruz (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luís Soberanes Fernández*, t. II, México, UNAM, 2015, p. 212.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibid.*, p. 213.

misma que llevó a evitar, en esa delicada coyuntura histórica, la convocatoria de una Asamblea Constituyente y a llevar a cabo la tarea de formación constitucional en un Congreso ordinario, bajo la vestimenta prudente y a la vez postiza del procedimiento de reforma de la repudiable Constitución dictatorial de 1953.¹⁶

Conviene ahora aproximarnos al recorrido histórico que conduce a la elaboración de la Ley Fundamental de 1949 y a su consolidación como Constitución perdurable, con las reformas que ha sufrido desde su adopción.

3. La experiencia constitucional alemana: del naufragio de la República de Weimar a la génesis constitucional de 1948-1949 y a la reunificación

Para entender y explicar adecuadamente la génesis de la Ley Fundamental de Bonn es necesario referirse al ciclo político-constitucional de Weimar y a la demolición de sus instituciones republicanas por el nacionalsocialismo, ya que estos fueron los antecedentes principales frente a los cuales los constituyentes de 1948-1949 intentaron dar una respuesta. Con razón se ha dicho que las constituciones dan una respuesta al pasado y procuran estar a la altura de los desafíos del presente y del futuro.¹⁷

La Ley Fundamental supo rechazar esos antecedentes, pues corrigió las deficiencias de la Constitución de Weimar que la dinámica política había hecho patentes, levantó la estructura constitucional sobre el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos como fundamento de toda comunidad política e incorporó cautelas dirigidas a evitar el socavamiento, desde su interior, del orden constitucional liberal y democrático. Además, afrontó los retos de su tiempo y del porvenir, al sentar sólidos cimientos para el desarrollo de la democracia y del Estado de derecho y al asumir el logro de la unidad alemana, en libertad, como un presupuesto y un objetivo del diseño constitucional, al igual que la inserción de Alemania en una Europa unida. Conviene detenerse brevemente en el proceso que conduce del fracaso del ensayo constitucional de Weimar, con la estocada final de la dictadura hitleriana, al nuevo comienzo posterior a la finalización de la Segunda Guerra Mundial y, años después, a la reunificación.

3.1. La Constitución de Weimar

Es trágica la suerte que corrió la Constitución de Weimar de 1919, asediada constantemente por la fragmentación y radicalización política, por los extremismos de la derecha y de la izquierda, hasta 1933, y lanzada luego por el nacionalsocialismo a

¹⁶ Jesús María Casal, “La transición constitucional de 1958-1961”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 157, Caracas, 2018.

¹⁷ Eckart Klein, “Entstehung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland”, en Vladimir I. Fadeev y Carola Schulze (eds.), *Verfassungsentwicklung in Russland und Deutschland*, Potsdam, Universität Potsdam, 2014, pp. 9 y ss.

la fosa común de los despojos del Estado de derecho. Es descollante, por otra parte, el triunfo de la Ley Fundamental de 1949, en la segunda posguerra europea y, después, tras la reunificación alemana. ¿Cómo explicar el naufragio de la primera, y la perdurabilidad y el progresivo afianzamiento de la segunda?

Para responder estos interrogantes es pertinente acudir a los elementos que tomó en cuenta el jurista italiano Constantino Mortati cuando examinó, en 1946, la Constitución de Weimar, en los prolegómenos de la elaboración de la Constitución de la República Italiana de 1948. Tales elementos son los siguientes: la tradición histórica en que se encuentra inserta la Constitución; el ambiente en que se formó y desarrolló, y las fuerzas político-sociales y los acontecimientos que recorrieron su existencia.¹⁸ Las limitaciones de tiempo me impiden abordar ahora todos estos tópicos y me obligan a ir directamente a algunos de los principales factores del hundimiento de la Constitución de Weimar.

Es preciso advertir, de entrada, que sería inexacto aludir al fracaso de esa Constitución sin ulteriores matizaciones, ya que en su derrumbamiento influyeron causas extrañas al diseño constitucional, y sería, por otro lado, un error equipararla al Tratado de Versalles de 1919, como símbolo, para los alemanes, de la humillación sufrida y del entreguismo, pese a que esa haya sido entonces una extendida consigna. Tampoco es fundado incluirla entre las constituciones de profesores del periodo de entreguerras, como llegó a decirse,¹⁹ por la notable influencia ejercida durante su formulación por el jurista Hugo Preuss, que sería semejante a la que tuvieron Hans Kelsen y Adolfo Posada sobre las constituciones austriaca de 1920 y española de 1931, respectivamente, ya que ha sido puesta de relieve su significación histórica como Constitución democrática que reflejaba por primera vez el esfuerzo por incorporar en dicha carta suprema reclamos de sectores diversos, bajo el impulso de un pluralismo social y político que rompía los esquemas habituales del siglo XIX en la producción constitucional.²⁰

La Constitución de Weimar jugó un papel trascendental como expresión y símbolo de la lucha por hallar una senda política democrática y de contenido social, alternativa al comunismo, que preservara a la vez los fundamentos del liberalismo.

¹⁸ Constantino Mortati, Walter Jellinek y Ottmar Bühler, *La Constitución de Weimar*, Colección Clásicos del Pensamiento, Eloy García (dir.), Madrid, Tecnos, 2010, pp. 18-19.

¹⁹ Véase Paolo Biscaretti, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, D.F.-Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 513.

²⁰ De hecho, el proyecto inicial de Hugo Preuss debió ceder justamente en temas relativos a las disposiciones sociales y económicas de la Constitución y a las exigencias de los Estados o *Länder* referidas al reconocimiento de su estatus constitucional y competencias en términos más amplios a los que aquel preveía. La estructura política compuesta de Alemania es evidentemente anterior a esta Constitución, pero el intento de Preuss de racionalizarla y de reforzar la posición del imperio o Reich y la de los municipios no pudo doblegar todas las reservas planteadas por los Estados, con lo cual lo profesoral que pudiera tener su texto fue en buena medida contrarrestado por las demandas de la realidad (véase Mortati, Jellinek y Bühler, *op. cit.*, pp. 77 y ss.).

De allí que sirviera de referencia en su tiempo como muestra del constitucionalismo democrático. El ensayo concreto ciertamente fracasó, pero no porque este propósito fuese equivocado ni porque la Constitución estuviera mal formulada, sino por motivos asociados al contexto histórico y político a que hizo mención Mortati y a una razón de fondo ligada a la idea motora de la gestación constitucional.

En lo que atañe al diseño institucional, los constituyentes se empeñaron en que ningún órgano constitucional pudiera actuar unilateralmente en la dirección política: ni el presidente del Reich, ni el canciller o el Gobierno en su conjunto ni el Parlamento. Las facultades del Parlamento (*Reichstag*) incluso aumentaron y el presidente del Reich, si bien era electo directamente por el pueblo, estaba concedido, aunque no del todo, como una instancia *superpartes*. Como fuente última y árbitro permanente del proceso político estaba el pueblo, al cual podía acudir para dirimir conflictos mediante los referendos o plebiscitos constitucionalmente establecidos. Ocurrió, sin embargo, que ni el rol del presidente terminó correspondiéndose con lo pensado, en lo que pudo influir la ausencia de segunda vuelta, ni los referendos llegaron a ser un mecanismo realmente operativo. En el fondo, el edificio constitucional dependía para su buen funcionamiento de la construcción de mayorías parlamentarias sólidas, que llevaran a trazar con estabilidad una orientación política definida.²¹ Pero el Parlamento se mostró como un cuerpo incapaz, no ya de conducir, sino de seguir el paso a la dinámica política. La imposibilidad de formar mayorías y de alcanzar consensos, que era manifestación de la división entre los partidos democráticos y de la atomización del electorado, terminó anulándolo como órgano constitucional.

El artículo 48 de la Constitución, que otorgaba poderes excepcionales al presidente en situaciones de emergencia, dio lugar a reiterados abusos ejecutivos que socavaron la institucionalidad democrática, pero no ha de perderse de vista que ello se debió en buena medida a la ausencia de un Parlamento mínimamente cohesionado con posibilidad de dictar de manera oportuna leyes frente a las crisis recurrentes de índole política, económico-financiera y social que vivió la República de Weimar. El Parlamento ni siquiera estuvo en condiciones de ejercer efectivamente sus competencias de control sobre los decretos presidenciales de excepción, contempladas en el mismo artículo 48, que hubieran podido conducir a que estos quedaran sin efecto. Solo una vez hizo uso el Parlamento de esta facultad antes de 1930, mientras numerosos decretos fueron consentidos, al menos tácitamente.²² La debilidad del Parlamento se hizo patente, además, en el empleo de leyes de autorización, no previstas en la Constitución, mediante las cuales el Parlamento abonaba el terreno de la ejecutivización del sistema, antes de que Hitler figurara de manera relevante en la escena pública nacional.

²¹ *Ibid.*, p. 35.

²² *Ibid.*, pp. 203 y ss.

Por otra parte, la formulación del artículo 48, pese a la extensión de las facultades vagamente contempladas, no tenía que conducir a la derivación autoritaria que terminó adquiriendo. En los primeros años de la República fue empleado frente a verdaderas situaciones de conflicto interior y en términos generales de manera razonable, aunque luego se ensancharía su campo material de aplicación y sería una de las grietas por las que discurriría el exacerbado poder presidencial, que se traduciría en la sustitución de la legislación por decretos ejecutivos. Su degeneración en arma antidemocrática se hizo palmaria a partir de la formación del gobierno de Brüning en marzo de 1930, el cual carecía de sustento parlamentario. Cuando este gobierno dictó, con base en el artículo 48, un decreto sobre el saneamiento socioeconómico contentivo de medidas que no contaban con respaldo de la mayoría parlamentaria, el Parlamento le negó su aprobación, y el asunto fue zanjado autoritariamente por el presidente del Reich mediante la disolución del Parlamento, la consecuente convocatoria a elecciones y la reedición del decreto desaprobado.²³ En estos comicios, el nacionalsocialismo obtendría por primera vez una mayoría significativa de escaños. De este modo, el completo derribo del Parlamento se precipitó a causa del uso del artículo 48 constitucional para imponer medidas ejecutivas y de la reacción de una mayoría parlamentaria que legítima pero ilusoriamente se consideró facultada para ejercer sus atribuciones de control.

Sin duda, pueden apuntarse deficiencias regulativas, como la inclusión en la Constitución de una norma sobre poderes excepcionales tan genérica como el artículo 48, o la ausencia de una previsión explícita sobre la necesidad del voto de confianza positivo para la formación del gobierno, como la establecida para el voto de censura, lo cual permitió al presidente Hindenburg designar al canciller y a los ministros en marzo de 1930, sin que este gobierno tuviera base parlamentaria, como primer paso hacia el absoluto declive del Parlamento que se escenificaría entre ese año y 1933. Sin embargo, pesaron mucho más las otras razones apuntadas, junto a las interpretaciones de juristas y tribunales que acompañaron el relajamiento del tejido constitucional.

Así, las leyes de autorización no estaban contempladas en la Constitución, pero la crisis económica, secundada por las obligaciones derivadas de las reparaciones impuestas por el Tratado de Versalles, y el deterioro del marco partidista y parlamentario, propiciaron su adopción. Ante la discusión sobre su posible inconstitucionalidad, se adujo que al ser dictadas tales leyes con una mayoría calificada de las dos terceras partes de los parlamentarios, se alcanzaría la mayoría calificada prevista en la Constitución para su reforma, por lo que no tendría sentido plantearse la inconstitucionalidad de tales leyes, pues en todo caso la Constitución habría quedado tácitamente modificada en virtud de las mismas. Según la interpretación dominante del artículo 76 de la Constitución de Weimar, este permitía las reformas

²³ Axel Schildt, *Die Republik von Weimar*, Erfurt, Landeszentrale für politische Bildung Thüringen, 1997, pp. 93 y ss.

constitucionales tácitas,²⁴ pero aun así la laxitud de la solución salta a la vista, ya que una cosa hubiera sido modificar con carácter general, aunque no fuera expresamente, la Constitución para admitir las leyes de autorización o habilitación, y otra distinta era sancionar puntualmente leyes que se apartaran de las disposiciones constitucionales, intentando justificarlas mediante mayorías calificadas.

Sorprende que un jurista de la talla de Walter Jellinek, al escribir en 1930 sobre la Constitución de Weimar, no hubiera apreciado el declive hasta entonces sufrido por esa Constitución y los serios riesgos que la acechaban. Hallándose en el borde del precipicio hacia el régimen autoritario y luego totalitario que se avecinaba, Jellinek sostuvo, refiriéndose a esa carta magna: “Sus diez años de vigencia han servido, a ojos vista, para consolidarla. Quien hoy pretendiera poner en duda su consistencia jurídica o su duración quedaría en ridículo”.²⁵ Esto puede deberse a un error de percepción de los fenómenos en desarrollo, ya avanzados, aunque se explica también por el punto de inflexión que en parte representó ese año de 1930, en el cual todavía estaba abierta en términos históricos la posibilidad de una salida a la crisis de Weimar distinta a la que finalmente se impuso. Cuando se examina en retrospectiva el ascenso de Hitler al poder, tiende a verse una línea perfectamente continua e inexorable entre el progresivo debilitamiento de la institucionalidad parlamentaria de la República de Weimar y la hegemonía del nacionalsocialismo; sin embargo, la cuestión es más compleja, pues, como ha sostenido el historiador Ian Kershaw, este “no fue en ningún caso un resultado inevitable”.²⁶ Pero ya conocemos el desenlace. El mismo Jellinek fue removido de su cátedra como profesor de Derecho Público de la Universidad de Heidelberg en 1935, por su ascendencia judía.

La brecha abierta en la constitucionalidad por los abusos en la invocación del artículo 48 y por las leyes de autorización, en cuyo trasfondo se hallaba, no lo olvidemos, el hundimiento del Parlamento, fue luego transitada por el nacionalsocialismo, con el apoyo del propio presidente Hindenburg, por medio de la emisión de la ordenanza o decreto de necesidad del presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado, del 28 de febrero de 1933, fundada en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, con la cual se respondía a los hechos ligados al incendio de la sede del Parlamento del Reich. Este decreto de necesidad suspendió varios derechos civiles y políticos y fue usado para convalidar la detención de diputados y líderes comunistas, lo cual facilitó la sanción por un Parlamento agónico y mutilado de la Ley de Autorización o de Plenos Poderes del 24 de marzo de 1933, que selló la demolición de la institucionalidad de la Constitución de Weimar. El nacionalsocialismo no se molestó en derogar expresamente esta Constitución y en dictar una nueva. Aquella había quedado liquidada con disposiciones como las mencionadas, lo cual se reflejaría en el artículo 4 de la Ley sobre la Reconstrucción del Reich del 30 de enero

²⁴ Mortati, Jellinek y Bühler, *op. cit.*, pp. 240-241.

²⁵ *Ibid.*, p. 112.

²⁶ Ian Kershaw, *Hitler*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2007, p. 77.

de 1934, que resumía en un precepto lacónico la magnitud de la transformación operada: “El gobierno del Reich puede establecer nuevo derecho constitucional”. Tras la muerte de Hindenburg el 2 de agosto de 1934, se dictó una ley que unificaba en la persona de Hitler los cargos de canciller y de presidente del Reich, y después todos los soldados hicieron un juramento solemne de lealtad a Hitler como *Führer*, no como jefe de Estado.²⁷ Todo estaba consumado.

La expresión del citado artículo 4 es elocuente, pues pone de relieve que la idea de constitución y de su supremacía normativa había sido eliminada y que en su lugar se erigía un poder personal que representaba, al igual que su voluntad, la expresión más elevada de la autoridad y de la configuración del orden político. No es que ahora el gobierno de Hitler estuviera facultado para dictar “derecho constitucional”, es más bien que este último había desaparecido.

¿Cuál fue en definitiva la causa principal del naufragio de la Constitución de Weimar? Fueron muchas, pero desde el punto de vista constitucional Constantino Mortati y Walter Jellinek formularon observaciones que apuntan parcialmente en la dirección decisiva. Mortati insistió en que no había en esa Constitución “un principio unificador claro y coherente”; de allí la cualidad que le atribuyó de ser una Constitución “poliédrica”, por la multiplicidad de motivaciones que presidieron su gestación e impidieron “dar vida a un organismo coherente en sus partes y bien definido en sus principios de conjunto”.²⁸ Jellinek, si bien reconocía las virtudes generales de esa Constitución, destacó la ausencia de una “gran y estimulante idea”, de una “idea nuclear conductora”, como la que inspiró a la Asamblea Nacional francesa de 1789 o a la alemana de Fráncfort de 1848; faltó, además, decía, un estadista “demoníaco” o demiúrgico de la talla de Bismarck.²⁹ Estos planteamientos, sin compartirlos del todo por lo que después acotaré, invitan a prestar atención a un factor que considero clave al estudiar la génesis y evolución de las constituciones: la idea o las ideas constitucionales que las inspiran y que son determinantes en su concepción.

Desde esta óptica, el ocaso de la Constitución de Weimar obedeció no precisamente a la ausencia de un “organismo coherente”, pues es normal que las constituciones democráticas alberguen tensiones internas, fruto del pluralismo que les sirve de cimiento y están llamadas a preservar. Tampoco sería exacto atribuir su fragilidad a la inexistencia de un liderazgo personal sobresaliente, ya que este puede contribuir a la consolidación de un proyecto constitucional, pero no es indispensable. El problema estuvo más bien en que la idea constitucional medular de Weimar, la de la instauración de la democracia y de la república, en sustitución de la monarquía, no adquirió el vigor suficiente para articular a las demás, por lo que dicha Constitución resultó desgarrada a causa de la pugna existente entre la democracia liberal y la democracia radical; entre la economía capitalista y el socialismo. Como

²⁷ *Ibid.*, p. 99.

²⁸ Mortati, Jellinek y Bühler, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

²⁹ *Ibid.*, p. 85.

se ha afirmado, las clases burguesas o tradicionales que respaldaron la fundación de la república, “en el fondo desconfiaban de ella”³⁰ y en parte conspiraron contra la democracia naciente. La falta de convicción con que fue aceptada por muchos esa idea constitucional tendencialmente aglutinante fue, pues, una de las razones del desplome del edificio institucional de Weimar.

Las constituciones están naturalmente casadas con una idea o propósito vertebrador, o un conjunto de ellos, que las vivifica y motoriza, cuando es asumido con lealtad por los actores políticos y sociales. No se trata de un “proyecto político subyacente”³¹ a la Constitución, como ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano para aludir a un programa ideológico externo a ella, útil para adulterar su sentido jurídico, sino de un principio ordenador reflejado en varias disposiciones del texto constitucional y que insufla la formación y el desarrollo constitucional.

Con todo, el frágil arraigo de la idea constitucional de Weimar no basta para explicar su deceso, pues este probablemente no hubiera ocurrido, o al menos no en el momento y en la forma en que se precipitó, de no ser por la exacerbación de las pugnas en el frente democrático y de los extremismos ocasionados por la crisis económica de 1929, así como por los avances de una de las fuerzas radicales que se alimentaba del hundimiento de la democracia de Weimar: el nacionalsocialismo, que desde afuera y desde adentro de sus cauces operó como factor decisivo de su caída.

3.2. La Ley Fundamental de Bonn y la reunificación

El vigor de la idea constitucional, del que adolecía el ensayo republicano de Weimar, fue concluyente en el éxito de la Ley Fundamental de 1949. Alemania retomó su hilo constitucional en medio de una gran postración. Su vivencia de gestación constitucional de 1948-1949 estuvo marcada, no solo por la derrota catastrófica, sino también y sobre todo por el sentimiento de culpa histórica, por la determinación de corregir los errores cometidos y por la temblorosa pero profunda esperanza en un futuro republicano y democrático para la Alemania unida.

La Ley Fundamental fue en alguna medida un fruto originalmente no querido por los actores políticos democráticos de la parte occidental de Alemania, pero que afloró en 1949 por la presión de los aliados occidentales y de las circunstancias, influenciadas a su vez por la actuación de la Unión Soviética en su zona de ocupación en el este de Alemania. Los ministros-presidentes de los Estados o *Länder* comprendidos en las tres zonas de ocupación de las potencias occidentales –designados por los parlamentos correspondientes, cuyos integrantes habían sido elegidos en los respectivos circuitos desde 1946, como temprana expresión de la recuperación de

³⁰ *Ibid.*, p. 70.

³¹ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia 1309/2001, del 19 de julio.

la institucionalidad democrática tras la culminación de la guerra— habían manifestado reservas ante la “autorización”, más bien indicación, de los aliados occidentales para proceder a convocar una asamblea con funciones constituyentes, encargada de elaborar una nueva constitución, que sería ratificada mediante referendo.

Dichas reservas obedecían a su voluntad de evitar la petrificación de la división de Alemania. De allí que inicialmente mostraran reticencia incluso frente a la idea de la creación de un Estado en la parte occidental y aceptaron solo convocar un “Consejo Parlamentario” encargado de aprobar una “Ley Fundamental para la Administración Unificada del Territorio Ocupado de las Potencias Occidentales”, pues estimaban que, junto a la estatalidad, la adopción de una constitución solo debería ocurrir cuando estuvieren dadas las condiciones para instaurar un orden constitucional común a toda Alemania.³² Nótese que el propio título de esa primera aproximación a la que sería denominada Ley Fundamental revelaba que aquella era asumida como algo ajeno, resultante de una situación creada por las potencias aliadas occidentales y no de una iniciativa o decisión del pueblo alemán o de Alemania, lo cual se correspondía con la determinación de preservar su libertad política para el momento en que esta, en su vertiente constituyente, pudiera ejercerse de manera compartida.

Los aliados occidentales insistieron en la necesidad de aprobar una constitución y los ministros-presidentes cedieron, pero solo estaban dispuestos a avanzar en la dirección de una “solución provisoria”, que no sacralizara la división de Alemania. Esta provisionalidad terminaría reflejándose en el carácter del órgano responsable de elaborar la pretendida constitución, que no sería una asamblea constituyente, electa directamente por el pueblo, sino un Consejo Parlamentario, compuesto por representantes electos en los parlamentos estatales, es decir, en segundo grado; en el procedimiento de aprobación, que no concluiría con un referendo; y en el nombre del nuevo texto jurídico, tímidamente calificado como Ley Fundamental. La admisión por los aliados de esta denominación fue facilitada por su traducción al inglés como “Basic Constitutional Law”. Así, pues, se prescindió de la convocatoria a una asamblea nacional constituyente y de un referendo popular, pues vías como estas u otras de participación popular directa quedarían reservadas, en todo caso, para el día en que el pueblo alemán en su conjunto decidiera sobre su destino.³³

En este nuevo comienzo para el pueblo de Alemania occidental sus representantes aseveraron haber actuado también en nombre de aquellos alemanes a los que se impidió tomar parte en el proceso, con lo cual se insistía en la reunificación como parte esencial del programa constitucional. La tarea de elaborar una Ley Fundamental fue encomendada a un Consejo Parlamentario, con miembros escogidos

³² Klein, *op. cit.*, pp. 10 y ss.; Klaus Vogel, “Teilung und Wiedervereinigung in staatsrechtlicher Sicht”, en Klaus Stern (ed.), *Zehn Jahre Deutsch Einheit*, Köln, Carl Heymanns, 2001, pp. 17 y ss.; Werner Frotzcher y Bodo Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, München, Beck, 2018, pp. 372 y ss.

³³ Ulrich Battis y Christoph Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, Müller, 1991, pp. 3 y ss.

en los parlamentos estatales, ni siquiera a un parlamento electo por voto popular directo. Por otra parte, los aliados occidentales formularon indicaciones respecto del contenido de la Constitución, que se referían no obstante a grandes postulados democráticos, del Estado de derecho y de la organización territorial, los cuales, sin perjuicio de algunas controversias sobre este último asunto, de todos modos hubieran regido la labor de diseño constitucional. Además, aquellos debían manifestar su conformidad con el texto constitucional, como finalmente sucedió. Estas circunstancias de gestación constitucional no pueden calificarse como ideales o prototípicas: denotarían más bien una debilidad gestacional. Pero son variados los factores que definen la fortaleza de una Constitución.

Esa moderación o parquedad de las formas y de las palabras no suponía fragilidad de espíritu, pues la solución provisoria contenida en la Ley Fundamental entrañaba un compromiso profundo con el levantamiento de un verdadero Estado democrático y social de derecho, cimentado en la garantía de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. La Ley Fundamental se nutrió de lecciones aprendidas relacionadas con desviaciones institucionales ocurridas durante la vigencia de la Constitución de Weimar, así como con la demolición de la democracia constitucional y el desconocimiento de la dignidad humana por el nacionalsocialismo. Había plena conciencia de que no podía aceptarse transacción alguna con las visiones, posiciones o prácticas autoritarias o discriminatorias del pasado y todo esto conformó una idea constitucional tan poderosa que ha llevado a ese país a ser una referencia por la actuación de su Tribunal Constitucional Federal y la solidez de su institucionalidad democrática.

Es difícil resumir las contribuciones de este tribunal al afianzamiento de la Ley Fundamental como una Constitución que encarna la regeneración colectiva y la lucha por unos valores que definen una identidad política. El asunto ha sido ampliamente estudiado y solo cabría recordar que desde su entrada en funcionamiento el Tribunal Constitucional Federal resolvió construir su autoridad y asegurar su estatus como órgano constitucional independiente. Conscientemente asumió el papel de auténtico guardián de la Constitución y actor de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, no de simple árbitro en eventuales conflictos. Reivindicó los derechos fundamentales como un orden de valores y marcó con ello una ruptura con el formalismo jurídico al que se atribuía parte de la responsabilidad por la caída de la República de Weimar. Tempranamente ejerció un control efectivo sobre medidas adoptadas por la mayoría gobernante y tomó decisiones referidas a sentencias de los jueces ordinarios que no respondían a la normatividad emergente, y en ambas direcciones se erigió como institución merecedora de respeto, soportado a su vez en la confianza que se había prodigado en la ciudadanía.³⁴ Dicho tribunal fue un

³⁴ Véase Christian Boulanger, *Hüten, Richten, Gründen: Rollen der Verfassungsgerichte in der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns*, Berlín, epubli GmbH, 2013; Armin von Bogdandy y Davide Paris, "La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre

factor determinante en la transición de una Constitución originalmente insegura o contenida a la Constitución vigorosa que ha llegado a ser.

La idea constitucional de la Ley Fundamental, robustecida por los logros jurisprudenciales e institucionales obtenidos durante su vigencia, orientó la reunificación, lo cual explica que en el momento en que hubiera sido natural, vistas las cosas en abstracto, un proceso constituyente común, se optara por seguir la ruta de la adhesión de los *Länder* de la antigua República Democrática Alemana a la República Federal de Alemania, senda esta también contemplada en la Ley Fundamental. En esta decisión confluyeron muchas razones, de índole económica, política e internacional, pero ese recorrido difícilmente hubiera sido posible si la Ley Fundamental no hubiera alcanzado antes de 1989, año de la caída del Muro de Berlín, la estatura que como Constitución le ha correspondido. La reunificación, aunque dejó casi intacto el texto de 1949, retomó y renovó aquella idea constitucional, lo que representó un genuino *momento constitucional*, siguiendo la categorización de Ackerman.³⁵ Hubo diatribas en torno al camino que convenía transitar, pero la voluntad de consenso prevaleció finalmente. Las modificaciones a la Ley Fundamental se limitaron a las indispensables para reflejar en ella la unidad alemana y se remitió a una ocasión futura el examen de otras posibles reformas constitucionales, mencionadas en el tratado de unificación.

No se acudió a un procedimiento de revisión general de la Constitución ni a un referendo, como algunos propusieron, pero se produjo una regeneración constitucional y política, que llevaba la impronta de la reunificación y de la solidaridad interterritorial y social que implicaría. Esta renovación constitucional no exhibió las facetas luminosas de las convocatorias constituyentes, sino que fluyó discretamente, solapada bajo el procedimiento de incorporación de los *Länder* del artículo 23. El sacrificio que ello podía significar en términos democráticos obedeció principalmente a las exigencias de la realidad política, nacional e internacional, y económico-social, que reclamaban un procedimiento expedito y sencillo. La ratificación popular quedó escenificada, indirectamente, en las elecciones parlamentarias comunes de marzo de 1990.

4. Reflexiones desde la óptica latinoamericana y la situación venezolana

Las páginas anteriores confirman que las constituciones difícilmente se originan en un proceso abstracto y racionalizado de determinación de las bases institucionales más convenientes para ordenar el ejercicio del poder público, pues suelen emanar

la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, 2019, pp. 5 y ss.

³⁵ Véase, entre otras de sus obras, Ackerman, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 15 y ss.

de dinámicas complejas que gravitan intensamente sobre el pasado inmediato desde el cual –y a veces contra el cual– la operación constituyente se desarrolla, al igual que los reclamos de sectores diversos de ver reflejados en la carta magna sus aspiraciones y paradigmas políticos. Las exigencias concretas ligadas al momento constituyente pesan mucho en la elaboración de las constituciones, y la racionalidad que debe estar presente en el diseño constitucional resulta a menudo acicateada, permeada u opacada por elementos emotivos de variada naturaleza, sin los cuales la génesis constitucional no habría tenido lugar. La evolución de las constituciones está también asociada a fenómenos o acontecimientos políticos, sociales y económicos específicos que impactan en las posibilidades de su realización o cumplimiento.

Se han presentado, con base en categorías examinadas por Ackerman aunque con los ajustes formulados, grandes escenarios de formación constitucional y se han subrayado algunos antecedentes y las peculiaridades de la gestación y consolidación de la Ley Fundamental de 1949 como Constitución perdurable. ¿Qué lecciones podemos extraer de allí para el constitucionalismo en América Latina?

Son muchas, pero destacaré solo tres. En primer lugar, es fundamental retener que las constituciones se hacen señeras no tanto por contener frases grandilocuentes o ambiciosas aspiraciones, sino por su aptitud para reflejar las grandes demandas político-institucionales de la comunidad, prestando atención a los quiebres históricos que nutren el nuevo comienzo. Es esencial, igualmente, su efectivo funcionamiento como marco jurídico de canalización del proceso político, que impone controles sobre el poder gobernante y preserva los derechos fundamentales. Para la consecución de estos objetivos es importante que la constitución esté vertebrada por una o más ideas constitucionales rectoras, cuya garantía y renovación dota de sustento y sostenibilidad al orden constitucional. Es relevante identificarlas y hacerlas valer en la labor de protección e interpretación judicial de la Constitución.

Así, la idea constitucional orientadora de la Constitución de 1961, plasmada en sus preceptos, estuvo compuesta de manera general por la voluntad de reconstruir en común y concertadamente la democracia y, en concreto, de lograr la restricción del continuismo presidencial; la subordinación del poder militar al civil; la garantía efectiva de los derechos inherentes al ser humano, y el rechazo de posturas extremistas en la regulación del orden constitucional económico y en otras materias. El respeto que ordinariamente, no sin contradicciones o episodios de ruptura, mantuvieron las fuerzas políticas e institucionales respecto de esos postulados explica en buena medida la prolongada vigencia y los logros democráticos de esa Constitución.

En segundo término, es preciso subrayar el papel decisivo de la jurisdicción constitucional en el afianzamiento de las constituciones como normas jurídicas capaces de contribuir a la estabilidad institucional y de encauzar la lucha política, con base en los principios del constitucionalismo. Por último, conviene observar que la legitimación democrática de las constituciones no siempre se produce por las vías canónicas de la creación constitucional, esto es, por los medios que hacen explícita y directa la participación del pueblo en su adopción, con la asamblea constituyente y

el referendo como instrumentos prototípicos. Estos tienen preferencia al emprender la tarea constituyente, más aún en la actualidad en virtud de la agudización de la conciencia democrática y de la asunción de las exigencias de la democracia procedimental. Pero las circunstancias históricas de los pueblos pueden explicar que no se haya acudido a esos cauces, sino a otros que resultan aceptables democráticamente en la medida en que hayan garantizado oportunidades de participación política, de representación y deliberación plural y de transparencia, dentro de los límites que la realidad haya fijado. Las debilidades de esta fase gestacional, impuestas por el contexto de la operación constituyente, como sucedió con la Ley Fundamental, pueden ser compensadas por la ratificación popular del proceso político naciente, en elecciones, y por la construcción gradual de un respaldo social al proyecto constitucional en desarrollo.

En lo que respecta a la situación político-constitucional venezolana, vista desde las categorías y experiencias abordadas, es pertinente preguntarse si la idea de la constitucionalización del carisma, como posible desenlace de nuevos comienzos, es apropiada para explicar la formación de la Constitución de 1999, formalmente en vigor. La respuesta es a mi juicio negativa, sobre todo teniendo en cuenta hechos concomitantes y posteriores a la génesis constitucional, ya que aquella constitucionalización implica que “los héroes y movimientos nacionales transforman un momento de victoria política decisiva en estructuras constitucionales duraderas”.³⁶ Es decir, la constitucionalización del carisma se traduce en que este, al institucionalizarse, pierde mucho de su virulencia original, de su carácter indómito, y pasa a adquirir una dosis de racionalidad y un grado de objetivación, en términos de Weber, que propiciarían la perdurabilidad del proyecto político-constitucional más allá de sus fundadores. Mientras que ya la primera década de la vigencia formal de la Constitución de 1999 demostró que el liderazgo mesiánico inicial no se sometió a parámetros jurídico-constitucionales, hasta el punto de que, después de haberlos quebrantado de manera reiterada, intentó reformarlos en 2007, para supeditar la Constitución al modelo personalista de gobierno y a la ideología cerrada que terminó propugnando. El carisma no se constitucionalizó, sino que se desbordó, se salió de su cauce. Y en el presente, ese carisma se extinguió y de la denominada democracia plebiscitaria se pasó a un régimen francamente autoritario.

Por otra parte, en relación con las actuales circunstancias político-institucionales, el escenario fundacional de la rectificación histórica resulta útil para comprender y perfilar el momento constitucional que parece próximo a desencadenarse. La opresión de tantos años de régimen autoritario y estatizante ha devastado la institucionalidad democrática y las condiciones de vida en el país. La postración económica y la crisis humanitaria son alarmantes. Los diques de la represión y el control clientelar de una parte de los sectores populares más necesitados sostienen a quienes detentan el gobierno, pese a su perimida legitimidad. Es probable que la transición a la

³⁶ Ackerman, 1997, *op. cit.*, p. 780.

democracia comporte un nuevo comienzo de carácter especialmente cooperativo, que conduzca a sumar esfuerzos desde las corrientes políticas y sociales más disímiles, con un espíritu semejante al que distinguió el 23 de enero de 1958 y la gestación de nuestra Constitución de 1961. No necesariamente se procederá en lo inmediato a la convocatoria de una asamblea constituyente ni se emprenderá una reforma general de la Constitución de 1999, sino que muy posiblemente se promoverán unas primeras reformas constitucionales para la democratización que abrirán paso a modificaciones parciales posteriores. De uno u otro modo, se producirá un cambio importante en la identidad constitucional y la autodefinición política.

Conclusiones

La gestación de la Ley Fundamental alemana estuvo marcada por el antecedente representado por el naufragio de la República de Weimar y de su Constitución, y por los desafueros del nacionalsocialismo, así como por el contexto de la posguerra. Ese proceso se perfiló como un tipo de fundación constitucional que no se corresponde con el escenario carismático-triunfalista al que la doctrina antes citada ha prestado mayor interés, sino con otro, igualmente importante al primero en una perspectiva comparativa, caracterizado por la necesidad de establecer sólidamente, a partir de las lecciones aprendidas y con la firme voluntad de una rectificación profunda, los cimientos de un orden constitucional que garantice la dignidad del ser humano y los postulados democráticos. El examen de los patrones de creación constitucional puede ser de utilidad para entender y orientar la dinámica política y constituyente latinoamericana y venezolana en particular. En especial, la reconstrucción o generación de una institucionalidad democrática que más temprano que tarde habrá de realizarse en Venezuela ha de enriquecerse con los aportes de la formación y evolución constitucional de la Ley Fundamental de 1949.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *We the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- _____, "The Rise of World Constitutionalism", *Faculty Scholarship Series, Yale Law School*, 1997, paper 129. Disponible en: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/129/
- _____, *La Constitución viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BATTIS, Ulrich y Christoph GUSY, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, Müller, 1991.
- BISCARETTI, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, D.F.-Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.

- BOGDANDY, Armin von y Davide PARIS, “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 43, 2019.
- BOULANGER, Christian, *Hüten, Richten, Gründen: Rollen der Verfassungsgerichte in der Demokratisierung Deutschlands und Ungarns*, Berlín, epubli GmbH, 2013.
- CARBONELL, Miguel y Óscar CRUZ (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. II, México, UNAM, 2015.
- CASAL, Jesús María, “La transición constitucional de 1958-1961”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 157, 2018, Caracas, Venezuela.
- ELSTER, Jon, “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making process”, *Duke Law Journal*, núm. 45, 1995.
- FROTSCHER, Werner y Bodo PIEROTH, *Verfassungsgeschichte*, München, Beck, 2018.
- KERSHAW, Ian, *Hitler*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2007.
- KLEIN, Eckart, “Entstehung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland”, en Vladimir I. FADEEV y Carola SCHULZE (eds.), *Verfassungsentwicklung in Russland und Deutschland*, Potsdam, Universität Potsdam, 2014.
- MORTATI, Constantino, Walter JELLINEK y Ottmar BÜHLER, *La Constitución de Weimar*, Colección Clásicos del Pensamiento, Eloy GARCÍA (dir.), Madrid, Tecnos, 2010.
- SCHILDT, Axel, *Die Republik von Weimar*, Erfurt, Landeszentrale für politische Bildung Thüringen, 1997.
- STERN, Klaus (ed.), *Zehn Jahre Deutsch Einheit*, Köln, Carl Heymanns, 2001.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1964.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres, espacios incluidos (150 palabras), y **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario*, el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
 - a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
 - b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
 - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
 - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
 - c) Título del artículo.
 - d) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **referencias bibliográficas** deben incluirse a pie de página y contener los siguientes elementos:
 - a) **Libros:** Nombre y apellido del autor, título del libro (en cursivas), ciudad, editorial, año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:
Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651], p. 11.
 - b) **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor, título del artículo o capítulo (entre comillas y redondas), en nombre y apellido del editor (ed.) o compilador (comp.), si corresponde, título del libro (en cursivas), ciudad, editorial, año de publicación, página(s).

Ejemplo:
Douglas Durán Chavarría, “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, Unicef, 2000, pp. 13-15.
 - c) **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en cursivas), número, fecha, páginas.

Ejemplo:
Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, pp. 10 y 32.

- d) **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas), nombre del sitio web o de la obra (en cursiva). Dirección electrónica.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor, Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

- e) Es necesario incluir una **bibliografía** al final de cada artículo. Para ello se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor y eliminando el número de página, excepto en los artículos de las publicaciones periódicas.

Ejemplo:

DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

MARIÑO CASTELLANOS, Ángel, Danelia CUTIÉ MUSTELIER y Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento”, en Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ y Martha PRIETO VALDÉS, *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651].

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999.

- f) Cuando la publicación citada tenga más de tres autores se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.*

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, presenta la vigesimoquinta edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que para este año recoge 36 artículos de diversos autores de más de 13 países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes partes: Avances y desafíos del constitucionalismo latinoamericano en los últimos 25 años e interacciones entre el derecho constitucional alemán y latinoamericano. Adicionalmente, al comienzo del libro se incluye un apartado con notas y ponencias especiales con ocasión de los 25 números del *Anuario*.

Los textos publicados son el resultado de un minucioso proceso de selección y curaduría efectuado por el Comité Editorial del *Anuario*, para reflejar los diversos debates, alcances, tensiones y límites del desarrollo del derecho constitucional en el continente durante el último año. A su vez, la edición incluye varias ponencias presentadas por algunos magistrados que participaron en el XXV Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y celebrado en Cartagena de Indias del 18 al 21 de septiembre de 2019.

