

**Anuario de Derecho  
Constitucional Latinoamericano**

**24° año**

**Anuario 2018**

**Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano  
2018**

# **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2018**

## **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.

© 2018 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (+49-30) 269 96 453

Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2

Bogotá

República de Colombia

Tel.: (+57 1) 743 09 47

Fax: (+57 1) 743 09 47-7

www.kas.de/iusla

iusla@kas.de

Twitter: @KASiusLA

Facebook: www.facebook.com/kasiusla

## **Editora responsable**

DRA. Marie-Christine Fuchs

## **Coordinación editorial**

Daniel Alejandro Pinilla

## **Coordinación académica**

Héctor Fernández (español)

Alexandre Kehrig Veronese (portugués)

## **Corrección de estilo**

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

## **Impresión**

Editorial Temis

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: [iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de)

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

## Contenido

<i>Presentación</i> .....	9
---------------------------	---

### I. La participación ciudadana en un Estado democrático de derecho

#### 1.1. Reflexiones de orden general sobre la participación ciudadana: fundamentos teóricos, dimensiones, técnicas y temáticas

- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)  
*Menos Habermas y más Realpolitik*  
*¿Qué tan eficaces son los procesos participativos*  
*en la toma de decisiones?*.....21
- Héctor Fernández Vázquez (Venezuela)  
*El necesario equilibrio entre la acción de gobierno y la participación*  
*ciudadana para la concreción de ofertas participativas amplias,*  
*abiertas e inclusivas* .....39
- Carlos Bernal (Colombia)  
*¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad*  
*en los procesos de construcción constitucional?* .....61
- Andrés Eduardo Salcedo Camacho (Colombia)  
*La participación ciudadana como principal mecanismo*  
*de protección del medio ambiente* .....97
- Francisco J. Menin (Argentina)  
Jaquelina G. Cinalli (Argentina)  
*Juventud y participación en Iberoamérica:*  
*en busca de un nuevo paradigma constitucional* .....119
- Rubén A. Guía Chirino (Venezuela)  
Roberto Hung Cavalieri (Venezuela)  
*Perspectivas de la participación ciudadana*  
*a la luz de la blockchain*.....135
- Luis A. Vilorio Ch. (Venezuela)  
*Partidos políticos, gobernabilidad y control del poder* .....157

## **I.2. La participación ciudadana en la realidad latinoamericana: actores e iniciativas**

- Claudio Nash Rojas (Chile)  
*Democracia, participación ciudadana y corrupción.*  
*Algunas lecciones para el caso chileno.....*177
- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)  
*Participación democrática y reforma constitucional.*  
*Un análisis del caso ecuatoriano.....*201
- Bruno Vendramin (Argentina)  
*Las audiencias públicas en el ámbito de la Corte Suprema*  
*de Justicia argentina: un caso de constitucionalismo dialógico .....217*
- Alejandro Gómez Velásquez (Colombia)  
Nataly Montoya Restrepo (Colombia)  
Cristian Zapata Chavarría (Colombia)  
*El derecho a la participación de los miembros de comunidades*  
*no étnicas impactadas por proyectos de desarrollo*  
*en el sistema jurídico colombiano .....231*
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)  
*La soberanía en la Constitución Política del Estado de Bolivia.....253*

## **II. Ejecución, cumplimiento e implementación de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales en la región**

### **2.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: características específicas, efectos, cumplimiento e incumplimiento, mecanismos de supervisión**

- Lucas Sánchez de Miquel (España)  
*Supervisión de la ejecución de sentencias. Un análisis*  
*comparado de los sistemas europeo e interamericano*  
*de derechos humanos.....*275
- Eduardo Vio Grossi (Chile)  
*El control de convencionalidad y la Corte Interamericana*  
*de Derechos Humanos.....*311
- Edward Jesús Pérez (Venezuela)  
*La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte*  
*de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*  
*y algunos aportes para jurisdicciones nacionales .....337*

- Lorena Barrera Santana (México)  
*Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.....363
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)  
*Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia*.....389
- Adán Maldonado Sánchez (México)  
*La eficacia de la jurisprudencia interamericana en México*.....413
- Teresinha Inês Teles Pires (Brasil)  
*Análise Crítica da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Artavia Murillo et alii vs. Costa Rica*  
*Planejamento reprodutivo, igualdade de gênero e liberdade religiosa* .....435

## 2.2. La eficacia de la justicia constitucional en los países de América Latina y la ejecución de sus sentencias

- Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)  
*Epistemología jurídica y resolución de garantías jurisdiccionales*  
*Un estudio de caso del cumplimiento de sentencias sobre reparación de derechos en la Corte Constitucional del Ecuador* .....461
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)  
*Incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional en la República Dominicana. Retos y soluciones*.....477
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)  
Maria Valentina de Moraes (Brasil)  
*A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais* .....497
- Gabino González Santos (México)  
*La amenaza se hizo creíble: incidentes de inejecución de sentencia*.....519
- Alan E. Vargas (Bolivia)  
*Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia*.....535
- Daniel Felipe Ospina-Celis (Colombia)  
*El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas* .....557
- João Vitor Cardoso (Brasil)  
Konstantin Gerber (Brasil)  
*A Súmula Vinculante n.º 11 importa, na realidade?*.....573  
*Instrucciones para la presentación de artículos* .....595

## Presentación

En su edición vigesimocuarta, el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* recopila algunas reflexiones sobre dos de los ejes claves para el diálogo constitucional entre los países de América Latina y el fortalecimiento del Estado de derecho: 1) la participación ciudadana en la creación jurídica, los procesos constitucionales, la formación de opiniones públicas y el control del poder político en una democracia, y 2) la ejecución, el nivel de implementación y cumplimiento de las sentencias de tribunales, cortes, salas constitucionales de la región, y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para 2018, las contribuciones aceptadas aportan valiosos elementos de discusión sobre la doctrina constitucional, sobre todo, la de los derechos humanos, y la jurisprudencia nacional y regional; sobre el marco normativo de nuestros países; los procesos administrativos; la política pública, y los efectos e impactos jurídico-políticos. Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presentamos con agrado y entusiasmo 26 textos de autores, que reúnen la visión de más de 10 países en todo el continente.

### ***Eje temático 1: Participación ciudadana en un Estado democrático de derecho***

A lo largo de la publicación se contempla un primer tema en relación con algunos desafíos desde el poder constituyente como fuente creadora de la constitución, pasando por mecanismos de participación ciudadana como plebiscitos, referendos y consultas populares, presentes en las constituciones latinoamericanas como instrumentos para que los ciudadanos participen en la creación, aprobación, cambio o abolición de la ley a través de convocatorias al sentir popular. Algunos textos testimonian la creciente participación ciudadana mediante mecanismos informales alejados de instrumentos constitucionales. En esta edición, el *Anuario* reúne discusiones sobre el papel transversal de los ciudadanos en la formación y transformación de los ordenamientos jurídicos del continente.

En el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer entendemos que la participación ciudadana en la región despierta contrastes teóricos, jurídicos y políticos entre dos nodos: una democracia directa



y una democracia indirecta no participativa a través de representantes, en la que el pueblo interviene solo por medio del sufragio y la militancia en partidos políticos. Los autores han analizado este año cómo mediar entre estos dos extremos y, con un llamado a una mayor participación, han desarrollado teorías contemporáneas de la democracia latinoamericana, en las que la ciudadanía puede participar de manera efectiva en la toma de decisiones, buscando e incorporando nuevas formas y mecanismos de participación; usando, entre otros, el creciente poder de los nuevos media, sobre todo de las redes sociales.

No es un secreto que Latinoamérica ha sido sacudida por una particular relación entre participación ciudadana, constitución y gobernanza por representantes. Los ya conocidos momentos históricos del plebiscito sobre el Acuerdo de Paz en Colombia, el llamado del Gobierno a una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela, el referendo del Ecuador para reformar la constitución, el plebiscito no vinculante en Chile sobre el sistema de pensiones, la reciente consulta sobre el megaproyecto de aeropuerto en México, y diversas otras consultas mineras en Bolivia y Perú así lo confirman.

Parte de los temas abordados y de las preocupaciones que motivaron a su reflexión en los artículos este año hacen referencia a la tendencia creciente a la desconfianza de los ciudadanos en la institucionalidad estatal y la democracia como forma de gobierno casi intocable, así como a la flagrante disminución de credibilidad de los gobiernos, parlamentos y partidos políticos, pero también del poder judicial, que ha incentivado nuevas formas de participación no institucionalizada. Estas, difícilmente regulables y controlables, son expresiones colectivas de constantes brotes de protesta civil, en la mayoría de los casos pacíficas; movimientos estudiantiles; grupos de lucha anticorrupción; nuevas y potentes oposiciones fácticas; intentos de periodismo investigativo, e incluso portales digitales de control ciudadano que buscan mejores políticas de acceso a la información y uso de nuevas tecnologías. Se trata de herramientas de transparencia por parte de la sociedad civil que contribuyen al concepto de ‘Estado abierto’, entre otros ejemplos, que se consolidan como mecanismos alternativos para la rendición de cuentas y la participación política.

Los “excesos de participación” también abren un agujero con reticencias y rechazos, producto de lo que algunas reflexiones definen como espacios participativos perversos que atacan y violan los derechos de las minorías. Es por eso que también se ha considerado que “demasiada” participación ciudadana dificulta procesos de toma de decisiones a nivel legislativo y, en casos extremos, incluso bloquea completamente el funcionamiento y orden parlamentario.

De todas formas, el electrocardiograma participativo de la región delata tensiones en relación con los nuevos mecanismos para la promoción y garantía de la participación ciudadana, y las nacientes posturas políticas que limitan estos espacios se convierten en poderosos obstáculos. Este fenómeno mantiene indelebles las dudas frente a si son los partidos políticos colectivos la expresión de la voluntad popular, o si –como sostienen algunos–, más bien, fungen solo como plataformas en pro de las

aspiraciones de esferas políticas de una persona o de un grupo restringido. Algunos otros, más en línea con la posición de la Fundación Konrad Adenauer, no ponen en duda que la democracia queda intrínsecamente ligada a la existencia de partidos políticos, si bien tienen la certeza de que hay que renovarlos, haciendo un esfuerzo por su democratización interna y la búsqueda de formas más transparentes de toma de decisión y haciéndolos menos propensos a la corrupción.

Las diversas reflexiones sobre las formas y la “saludable dosis” de participación ciudadana que forman la primera sección de este vigesimocuarto *Anuario* se organizan en dos partes: una sobre las consideraciones de orden general, como fundamentos teóricos, dimensiones, técnicas y temáticas. En este apartado se analizan la eficacia de los procesos participativos en la toma de decisiones, el equilibrio entre la acción de gobierno y la participación ciudadana, la colaboración abierta para fortalecer la legitimidad en la construcción constitucional, la participación ciudadana como principal mecanismo de protección del medio ambiente, los paradigmas en la participación de los jóvenes, y las relaciones con partidos políticos y administración del poder.

En la segunda parte de la primera sección se compilan textos relacionados con la participación ciudadana en la realidad latinoamericana: actores e iniciativas. Se recogen reflexiones sobre el vínculo entre democracia, participación ciudadana y corrupción; sobre el impacto de la participación democrática y las reformas constitucionales; las audiencias públicas y los diálogos con la ciudadanía, así como sobre el derecho a la participación de los miembros de comunidades no étnicas impactadas por proyectos de desarrollo.

### ***Eje temático 2: Ejecución, implementación y cumplimiento de las sentencias***

Otro de los hilos conductores de la narrativa constitucional y convencional que ofrece esta obra se tejió en torno al cumplimiento y la implementación de las sentencias constitucionales, sobre todo en materia de derechos humanos, y de los mecanismos de ejecución y seguimiento de estos fallos. Históricamente, los ciudadanos, y emblemáticamente distintos grupos de defensores de derechos humanos, han abanderado el llamado de atención para que los poderes constituyentes reconozcan la justicia-bilidad de los derechos fundamentales, especialmente los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (desca), y también acepten y protejan el principio de igualdad y no discriminación. Este esfuerzo ha florecido en muchos Estados de la región, cuyas constituciones hoy en día consagran estos derechos y su justiciabilidad, sobre todo, por parte de las cortes constitucionales, respaldados en sistemas internacionales y regionales de derechos humanos. El resultado de esta paulatina constitucionalización y convencionalización de derechos fundamentales es evidente en algunos tribunales constitucionales a través del desarrollo de jurisprudencias progresistas y garantistas en los últimos años.

Sin embargo –como lo demuestran los análisis de varios autores de esta publicación–, en algunos casos la carente voluntad política, las restricciones presupuestales, las polémicas políticas de austeridad y los conceptos morales anticuados que aún hacen eco en Latinoamérica, inciden en el hecho de que, en muchos países, el Gobierno, el legislador y la administración no cumplan con el orden jurisprudencial de las altas cortes; lo hacen solo parcialmente o con significativas demoras en su defecto. En este caso, el derecho se queda en el papel.

Esta brecha en la implementación ocasionada por el desequilibrio entre los avances normativos y jurisprudenciales en materia de derechos humanos es abismal y preocupante, prohíbe la efectiva materialización y, por ende, el pleno goce de estos derechos por el justiciable en la mayoría de las naciones latinoamericanas. La gravedad del incumplimiento de las sentencias varía en frecuencia y magnitud, lo que puede obedecer a factores de orden político o técnico. Los primeros tienen que ver con las tensiones que prevalecen en la división de poderes en el interior de los Estados y el control recíproco (o su ausencia) entre quienes los componen. Por otro lado, las dificultades técnicas están relacionadas con la compleja articulación entre las diferentes esferas de protección de los derechos. La implementación de las decisiones sobre derechos fundamentales sigue siendo un desafío, lo que promueve la impunidad y rasguña violentamente la legitimidad del sistema judicial. Reduce el Estado de derecho al absurdo.

Las sentencias de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, sobre todo las de la Corte IDH, no solo se ubican en un constante campo de tensión entre los poderes político y judicial a nivel horizontal, sino que están enfrentadas, además, a un número creciente de diferentes formas de resistencia por parte de sus Estados miembros a nivel vertical, especialmente si en sus casos tratan asuntos políticamente sensibles o que tocan el núcleo de prerrogativas de soberanía estatal. En este sentido, las investigaciones de algunos autores sobre la situación, de cara al cumplimiento de las sentencias de estos tribunales, evidenciaron resistencias con fuertes y legendarios escudos estatales.

Mientras que el grado o la naturaleza de la resistencia tiene mucho que ver con el tipo de medida de reparación otorgada, si se trata de medidas estructurales o de una reparación integral, el incumplimiento de una sentencia se debe en la mayoría de los casos a factores políticos o institucionales, tales como el reparto de competencias entre los diferentes niveles administrativos del Estado, la intención de proteger a funcionarios o representantes estatales, el grado de institucionalidad o, simplemente, la voluntad política gubernamental. De igual forma, los artículos muestran que las resistencias judiciales están identificadas en la interpretación hecha por un alto tribunal de un Estado sobre la vinculación o no de las decisiones del tribunal regional de derechos humanos.

Por esto, parte de las discusiones y temas de los textos aquí publicados cubrieron la importancia de pensar y analizar las medidas adecuadas y ciertos mecanismos idóneos de implementación, como los usados por la Corte IDH y otros tribunales

constitucionales nacionales, como la Corte de Colombia con sus mecanismos de supervisión o monitoreo de cumplimiento. En este caso, se solicita información a las instituciones estatales respecto de la implementación de las sentencias o se ordenan medidas especiales, e incluso la aplicación de indicadores o la instalación de comisiones y expertos externos que complementen las capacidades de la Corte.

En consecuencia, las preguntas que este año motivaron parte de las contribuciones para este tema fueron: ¿cuáles son los antecedentes y motivos principales para el incumplimiento de sentencias ligadas a los derechos humanos por parte de los actores estatales? ¿Cómo se puede combatir este fenómeno o contrarrestarlo de una manera más efectiva? ¿Cuál es la solución para superar las resistencias políticas y judiciales mencionadas? ¿Hay que buscar el diálogo o son más efectivos los instrumentos coercitivos? ¿Las preguntas son igualmente pertinentes en un entorno nacional respecto a la ejecución de la jurisprudencia regional en materia de derechos fundamentales, o hay diferencias?

Los artículos escogidos para contestar estas preguntas forman la segunda sección de este *Anuario* y también fueron agrupados en dos apartados: el primero contiene contribuciones sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (características específicas, efectos, cumplimiento e incumplimiento, y mecanismos de supervisión). Otro grupo de artículos trabaja un análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos, la supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte IDH y algunos aportes para las jurisdicciones nacionales, y el incumplimiento de sentencias del tribunal, así como la efectividad y rapidez de la jurisprudencia interamericana.

En el segundo apartado, y último bloque de textos, la sombrilla temática es la eficacia de la justicia constitucional en los países de América Latina y la ejecución de sus sentencias. Un espacio que ofrece reflexiones sobre el cumplimiento de sentencias sobre reparación de derechos; los retos y las soluciones para el cumplimiento de sentencias constitucionales; la importancia del diálogo entre cortes y entre poderes para la protección de derechos humanos; y las clásicas y renovadas discusiones sobre el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad.

Esperamos que esta nueva edición del *Anuario* promueva análisis académicos y técnicos comparados, con crítica científica y, sobre todo, reflexiones propositivas tanto frente a la participación ciudadana y sus nuevos mecanismos como a la dinámica actual en el cumplimiento de sentencias de los tribunales constitucionales y la Corte IDH en la región, temas que se convierten en pilares básicos para las democracias y la solidez del Estado social de derecho en el continente. Los textos publicados son el resultado de un riguroso proceso de selección y curaduría efectuado por el Comité Editorial del *Anuario*. A su vez, la edición incluye ponencias presentadas por magistrados ante el XXIV 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, celebrado en Lima del 6 al 8 de septiembre de 2018.

### ***Ejes temáticos para la edición especial 2019***

Para el próximo año proponemos una convocatoria sobre dos grandes temas: 1) avances, cambios y desafíos en materia constitucional en los últimos 25 años, y 2) conmemoración de los 70 años de la Ley Fundamental de Alemania y sus resonancias en Latinoamérica, una edición especial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* para celebrar sus 25 años de existencia y contribución al discurso académico constitucional en la región.

Para el primer eje de esta edición especial del *Anuario* nos gustaría motivar contribuciones dirigidas a hacer un inventario constitucional de los últimos 25 años del Estado constitucional de derecho y a compartir sus reflexiones, analizando cómo el desarrollo constitucional latinoamericano ha mantenido vigentes los debates globales sobre derechos fundamentales y, al mismo tiempo, los ha aterrizado desde nociones muy propias. Los proyectos jurídicos que se plantean en las constituciones de los países de la región han buscado responder a problemas específicos que emergen en sus ámbitos, y cuya trascendencia histórica solo es comparable con la fuerza de las transformaciones políticas, económicas y sociales que han sacudido al continente.

En 25 años, impulsos caudillistas y movimientos reformistas han surgido al mismo tiempo que tribunales y cortes constitucionales. En ese proceso, dos factores han sobresalido específicamente en la consolidación de los textos constitucionales de la región: derechos fortalecidos y poderes ejecutivos sólidos. El renombrado constitucionalista Roberto Gargarella ha señalado que las constituciones latinoamericanas que sucedieron la década de los ochenta han estado conectadas con el fortalecimiento o no del presidencialismo como régimen político, en respuesta a la modulación requerida para determinar la concentración del poder en equilibrio. A los aspectos que definen los nuevos marcos constitucionales de esta oleada de constituciones, el también renombrado constitucionalista Rodrigo Uprimny ha agregado la intención de querer superar el carácter confesional de las mismas, heredado de preceptos decimonónicos, y abrir la puerta a grupos humanos históricamente discriminados. Es posible añadir que también se ha consolidado un espacio para la inclusión de otros grupos de derechos, como los llamados desca, y su naturaleza participativa.

En ese orden, la importancia de prever marcos normativos explícitos para una ciudadanía omnicompreensiva, no está alejada de un modelo de organización concentrada del poder, por paradójico que parezca. No obstante, el relacionamiento de estos aspectos no ha sido unívoco, y su comprensión, por el contrario, puede verse fortalecida desde la visualización comparada de las tendencias de los países latinoamericanos.

Otro aspecto fundamental en el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano durante estos últimos 25 años ha sido la conformación de tribunales, cortes o salas específicas para la interpretación y el amparo de los preceptos constitucionales. Las salas, cortes y tribunales constitucionales, como continuadores o guardianes de las cartas políticas, han asumido roles considerados por unos como imperantes

y necesarios, y por otros como abusivos. Algunos han afirmado que las sentencias constitucionales han dado lugar a una suerte de “activismo judicial” en el que preceptos progresistas no han tenido eco en mecanismos formales de ejecución de medidas, desatendiendo reglas fiscales, por ejemplo, a la hora de plantear órdenes de ejecución. Del mismo modo, se ha afirmado que esas manifestaciones han restado competencias a órganos del legislativo y del ejecutivo para la proposición y el desarrollo de políticas públicas. Se ha afirmado y evidenciado que los jueces se han convertido en actores políticos.

Desde esta perspectiva, sigue siendo pertinente evaluar el rol y la responsabilidad del juez constitucional. La teoría jurídica plantea que la de los jueces es una labor que se subsume ante las acciones del legislador. No obstante, su quehacer como creador jurídico en un contexto como el latinoamericano también es parte de la tarea de pronunciar el derecho que dirime una controversia; en términos planteados por Diego López, el juez resuelve una disputa, buscando apelar a criterios rigurosos que reafirmen su legitimidad a través de la consistencia de sus decisiones.

Sin duda, la interpretación de la constitución ha sido un ejercicio complejo, y aspectos como la ampliación de los sujetos de derecho y de los mecanismos de participación entran en constante relacionamiento para dar forma a las decisiones constitucionales que han cambiado los rumbos de los países de la región. Por esta razón, conocer la influencia del precedente judicial en el trabajo del juez constitucional sigue siendo una de las temáticas que ha adquirido mayor relevancia durante los últimos 25 años en el continente. La consideración y aplicación de criterios jurisprudenciales, que algunos han llamado el “derecho de los jueces”, como fuente del derecho e instrumento judicial para la promoción del cambio político aún requiere su proyección histórica y comparada. Los frutos que se pueden desprender de estos análisis son más que relevantes para determinar la perspectiva social del derecho constitucional.

En el segundo eje de esta edición especial para el *Anuario* 2019 queremos celebrar los 70 años que cumplirá el próximo mayo la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), carta política de la República Federal de Alemania. Una excelente oportunidad para reflexionar sobre el impacto de las constituciones, y en particular esta germánica, en los niveles nacional e internacional, especialmente en Latinoamérica. Aunque actualmente es evidente que los artículos de la carta fundamental forman la constitución de Alemania, la meta del grupo de especialistas que hace siete décadas formuló los primeros 146 artículos en 95 páginas fue muy diferente.

En 1948, durante el gobierno militar del país por los EE. UU., Francia, Reino Unido y Rusia y la división en cuatro sectores, los aliados occidentales decidieron que había llegado el momento de la reunificación de los bloques occidentales de Alemania y la recreación de un Estado alemán occidental. Así lo ordenaron el 1 de julio de 1948 los 11 ministros de los estados federales occidentales con el fin de convocar una asamblea constituyente y dar origen a una nueva constitución. Del 8 al 10 de julio del mismo año, los ministros discutieron la posibilidad y concluyeron

que sería imposible cumplir esta demanda de los aliados. Los políticos estaban de acuerdo con que la separación en oriente y occidente debía terminar, y rápidamente rechazaron la idea de una constitución para un Estado alemán occidental. En su lugar, querían formular una carta fundamental en un sentido provisorio para impedir la consolidación de la división alemana. Confrontaron a los aliados occidentales con su propuesta y lograron su aceptación. Después de esto, encargaron la redacción de esta solución provisional a un grupo de 30 especialistas políticos y jurídicos. En 14 días, durante agosto de 1948, este grupo elaboró, en el castillo de Herrenchiemsee, una propuesta para la nueva carta fundamental. Finalmente, esta primera versión de la constitución alemana fue promulgada solo con pocas adaptaciones el 23 de mayo 1949.

La constitución alemana debe su carácter amplio y general, pero, a la vez, breve y al punto, a esta historia de su creación. Sin el objetivo de hacerlo, en 1949 el grupo de especialistas escribió la base de una constitución que hasta hoy en día garantiza un Estado de derecho sólido y verdadero en Alemania, que contempla un catálogo de derechos humanos realista, que el ciudadano ve materializado, y asegura el orden liberal democrático del país. Desde entonces, el carácter general de la constitución ha facilitado el desarrollo constante de su alcance por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, y no es exagerado decir que, en su esencia, todavía es moderna y eficaz. Es atemporal en sus fundamentos. No obstante, en los últimos años, en atención al desarrollo digital, por ejemplo, aparecieron nuevos desafíos que provocan el planteamiento de reformas importantes y necesarias.

No solo por esto, sino también por su concepción rigurosa de la separación de poderes y su contemplación de una justicia independiente, la constitución alemana ha servido de referencia y fuente de inspiración para procesos de reorientación democrática que han implicado la adopción de nuevas constituciones en todo el mundo, incluso en Latinoamérica. La constitución y el derecho constitucional brasileños son solo un prominente ejemplo. Sin embargo, desde la perspectiva latinoamericana también ha sido objeto de crítica, entre otros, por la falta de constitucionalización de desca. Por esto, nos gustaría que el aniversario del próximo año motive valiosas reflexiones y análisis comparativos, igual que críticas constructivas, con profundas y visionarias ideas sobre cómo la Ley Fundamental puede seguir siendo referente de modernidad y eficacia en el futuro y sobre formas fructíferas de “*cross-fertilization*” con las constituciones y la dogmática constitucional de Latinoamérica.

## ***Conclusión***

Con el propósito de abrir un espacio de reflexión, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer invita a los expertos a participar en la edición especial número XXV de esta publicación con el envío de artículos sobre los dos ejes temáticos arriba desarrollados conforme a los requerimientos del Comité Editorial.

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha consolidado como una plataforma especializada de debate, una publicación de alta calidad e idoneidad que comparte un diálogo de derechos humanos, donde tienen espacio nuevas voces y más países. Este proyecto editorial nos ha permitido constatar con complacencia su evolución y la estrecha cercanía de abogados, litigantes, estudiantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región. En este sentido, esperamos con orgullo y especial ilusión la edición del vigesimoquinto aniversario de esta obra en el año 2019.

Por último, una vez más, el Programa Estado de Derecho extiende su gratitud y respaldo a los autores, por la calidad de sus trabajos y su disposición constante en la responsabilidad de compartir conocimiento, una convicción que esperamos se propague por miles de lectores a lo largo del hemisferio. Un especial agradecimiento merece también Héctor Fernández, por su arduo trabajo de evaluación académica en esta vigesimocuarta edición del *Anuario*. Seguimos firmes y esperamos que la narrativa y los escenarios técnicos y temáticos que se proponen cada año continúen sirviendo como brújula de las discusiones más relevantes para la región, y que la edición especial sea un documento valioso para la historia del derecho constitucional en Latinoamérica.

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



## **I. La participación ciudadana en un Estado democrático de derecho**

### **1.1. Reflexiones de orden general sobre la participación ciudadana: fundamentos teóricos, dimensiones, técnicas y temáticas**

- Francisco J. Campos Zamora (Costa Rica)  
Menos Habermas y más *Realpolitik*  
¿Qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones?
- Héctor Fernández Vázquez (Venezuela)  
El necesario equilibrio entre la acción de gobierno y la participación ciudadana para la concreción de ofertas participativas amplias, abiertas e inclusivas
- Carlos Bernal (Colombia)  
¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional?
- Andrés Eduardo Salcedo Camacho (Colombia)  
La participación ciudadana como principal mecanismo de protección del medio ambiente
- Francisco J. Menin (Argentina)  
Jaquelina G. Cinalli (Argentina)  
Juventud y participación en Iberoamérica:  
en busca de un nuevo paradigma constitucional
- Rubén A. Guía Chirino (Venezuela)  
Roberto Hung Cavalieri (Venezuela)  
Perspectivas de la participación ciudadana a la luz de la *blockchain*
- Luis A. Vilorio Ch. (Venezuela)  
Partidos políticos, gobernabilidad y control del poder

### **I.2. La participación ciudadana en la realidad latinoamericana: actores e iniciativas**

- Claudio Nash Rojas (Chile)  
Democracia, participación ciudadana y corrupción.  
Algunas lecciones para el caso chileno
- Jorge Benavides Ordóñez (Ecuador)  
Participación democrática y reforma constitucional.  
Un análisis del caso ecuatoriano

- Bruno Vendramin (Argentina)  
Las audiencias públicas en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia argentina: un caso de constitucionalismo dialógico
- Alejandro Gómez Velásquez (Colombia)  
Nataly Montoya Restrepo (Colombia)  
Cristian Zapata Chavarría (Colombia)  
El derecho a la participación de los miembros de comunidades no étnicas impactadas por proyectos de desarrollo en el sistema jurídico colombiano<sup>1</sup>
- Farit Limbert Rojas Tudela (Bolivia)  
La soberanía en la Constitución Política del Estado de Bolivia

Francisco J. Campos Zamora\* (Costa Rica)

## Menos Habermas y más *Realpolitik* ¿Qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones?

### RESUMEN

Este trabajo expone, en primer lugar, algunos de los problemas de legitimación de la toma de decisiones a nivel político. En un segundo término, examina críticamente si la ética discursiva de Jürgen Habermas, quien a partir de su teoría de la acción comunicativa realiza el salto de una ética subjetiva a una ética intersubjetiva, puede aportar algo frente a los problemas señalados y desempeñarse como parámetro de corrección normativa. Finalmente, hace un breve recuento de los posibles efectos reales de los procesos de participación política.

**Palabras clave:** problemas de legitimación, ética discursiva, procesos de participación política.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag legt zunächst einige Legitimationsprobleme von politischen Entscheidungsprozessen dar. Sodann unterzieht er die Diskursethik von Jürgen Habermas und seine Grundlegung des Übergangs von der subjektiven zur intersubjektiven Ethik in der Theorie des kommunikativen Handelns dahingehend einer kritischen Betrachtung, ob sie einen Beitrag zu den genannten Problemen leisten und als Parameter für eine Normenkorrektur dienen kann. Abschließend erfolgt eine kurze Bestandsaufnahme der möglichen realen Auswirkungen von politischen Partizipationsprozessen.

**Schlagwörter:** Legitimationsprobleme, Diskursethik, politische Partizipationsprozesse.

---

\* Profesor de la Universidad de Costa Rica. Doctorando de la Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, República Federal de Alemania. [fcocampos@gmail.com](mailto:fcocampos@gmail.com)

## SUMMARY

This work first discusses some of the problems with the legitimation of decision-making at the political level. It then critically examines whether the discursive ethics of Jürgen Habermas, who makes the leap from a subjective ethics to an inter-subjective ethics based on his theory of communicative action, can contribute something with regard to the problems discussed and serve as a parameter of normative correction. Finally, it gives a brief account of the possible real effects of political participation processes.

**Key words:** problems of legitimation, discursive ethics, political participation processes.

## Introducción

¿Qué retos y beneficios presenta la utilización de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones trascendentales para un país? ¿Son realmente el desencadenante de reformas democráticas? O ¿resultan simplemente inocuos, cuando no distorsionadores de los procesos políticos? Estas son cuestiones fundamentales que siguen, en gran medida, sin respuesta. Los efectos asociados a los procesos participativos no siempre son claros, es difícil determinar *a priori* hacia dónde pueden dirigirse y cuáles decisiones pueden poner en movimiento, eso que se ha denominado comúnmente como *voluntad popular*. Los mecanismos de participación política son reformas institucionales que buscan ampliar las oportunidades de los ciudadanos para influir en las decisiones públicas. Entre las justificaciones para su implementación a menudo encontramos argumentos sobre una posible profundización democrática, así como una sana política de división del poder entre distintos actores sociales. En este sentido, los mecanismos de participación política se consideran herramientas para fortalecer la sociedad civil, el empoderamiento de los grupos asociativos y el establecimiento de pautas de interacción con el Estado basadas en la autonomía.

Los procesos de participación ciudadana favorecen la percepción en donde las instituciones son determinantes de la política. De manera optimista, las reformas participativas se consideran como herramientas para transformar las relaciones de poder entre la sociedad civil y las autoridades, redistribuyendo el poder. No obstante, algunos autores tienden a mostrarse escépticos acerca de sus efectos democratizadores y consideran, por el contrario, que los dispositivos participativos pueden responder a estrategias de mantenimiento del *establishment*, reforzando patrones basados en la exclusión o instrumentalizando a los actores sociales para beneficio de unos pocos. En este artículo se presentará, en un primer momento, la relación entre las nociones de democracia y participación ciudadana, así como algunos de los problemas de legitimación político-normativa. En un segundo momento se analizarán las líneas fundamentales de la filosofía política de Jürgen Habermas,

específicamente aquella que hace derivar de la participación ciudadana –entendida como discursividad– la fuente de legitimación político-normativa. A manera de cierre, se estudiarán algunos de los posibles efectos de los procesos participativos.

## 1. Democracia, participación ciudadana y problemas de legitimidad política

Las nociones de democracia y participación ciudadana se encuentran estrechamente vinculadas. El ejercicio del poder político y el punto de partida para la legitimación de este poder no deben atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común. La igualdad de participación es imprescindible para la democracia. Si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; así, democracia significa participación e igualdad.<sup>1</sup> Esa democracia se concreta en contenidos que afectan la formación de la voluntad política, la cual se asegura por medio de garantías formales y procedimentales, a saber: la libertad de participación ciudadana en la formación de la voluntad política y las correspondientes garantías complementarias de la libertad de opinión, de prensa e información, de reunión y de asociación.<sup>2</sup> Dicho fundamento garantiza una apertura duradera del proceso político; logra que las decisiones a favor de un determinado contenido puedan ser (re)consideradas, modificadas o confirmadas.

La igualdad de participación que implica y exige la democracia se refiere a la posibilidad de alcanzar el poder político que se ejerce en órganos y cargos estatales. Su principio fundamental es el de asegurar la igualdad de oportunidades para ejercerlo, o bien, asegurar el disfrute de aquellos derechos que tienen a este como su objeto, esto es, a los derechos políticos de participación. Aquí, el principio de participación y el consiguiente derecho de cooperación adquieren, en unión del principio de igualdad, una importancia extraordinaria como elemento fundamental en la construcción de un Estado democrático participativo.<sup>3</sup> La democracia no puede considerarse cancelada por el mero hecho de que se tomen decisiones injustas por su contenido, pero sí, cuando se olvida que el Estado no es el único actor en la vida política, sino que se encuentra en una serie de relaciones o estatus con sus ciudadanos.

---

<sup>1</sup> William Rehg, “The place of consensus in democratic legitimation: A recommendation”, en Werner Krawietz y Gerhard Preyer (eds.), *Rechtstheorie, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, edición especial sobre Habermas, vol. 27, núm. 3, Berlin, Duncker&Humblot, 1996, p. 467.

<sup>2</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 83.

<sup>3</sup> Karl Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, p. 132.

El Estado se encuentra con cada uno de sus miembros en una relación jurídica, que origina derechos y deberes.<sup>4</sup> Este es un punto que ya había anticipado Jellinek en su célebre *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Sistema de los derechos públicos subjetivos).<sup>5</sup> En el marco de ese sistema, esboza la tesis de que cada individuo se encuentra en una relación específica con el Estado, de acuerdo con sus propias características, relación que denomina *Status*.<sup>6</sup> Aquí lo que nos interesa es descubrir si existiría, siguiendo a Jellinek, un *status activae civitatis* caracterizado, esencialmente, por la competencia política otorgada a un individuo. Para que el sujeto se encuentre en dicha posición jurídica deben otorgársele capacidades ubicadas fuera de su libertad natural, competencias que, en primer término, deberían corresponder únicamente al Estado en el ejercicio de sus “potestades de *imperium*”. La condición de ciudadano implica, a partir de allí, un protagonismo en la determinación de la política, y se materializa en una cesión de competencias que le permiten participar en la construcción de la voluntad estatal.

Pero basta de utopías. Sostener que los conceptos de *democracia* y *participación ciudadana* funcionan al estilo de casos paradigmáticos no parece tener correlato con los datos de la experiencia diaria. Lejos de la participación ciudadana, muchas decisiones estatales se toman de espaldas a la ciudadanía y caen en lo que podría denominarse como “síndrome de Moisés”:

Al tercer mes de la salida de los hijos de Israel de la tierra de Egipto, en el mismo día llegaron al desierto del Sinaí. Habían salido de Refidim, y llegaron al desierto del Sinaí, y acamparon en el desierto; y acampó allí Israel delante del monte. Y descendió Jehová sobre el monte Sinaí y llamó a Moisés a la cumbre del monte y Moisés subió (Éxodo 19,1-3). Y Jehová dijo a Moisés: descendiende, ordena al pueblo que no traspase los límites para ver a Jehová, porque caerá multitud de ellos (Éxodo 19,20-22). Y habiendo hecho las prevenciones respectivas al pueblo, subió de nuevo Moisés para recibir las tablas de la Ley, mientras todo el pueblo observaba el estruendo y los relámpagos, y el sonido de la bocina, y el monte que humeaba; y viéndolo el pueblo temblaron, y se pusieron de lejos. (Éxodo 20,18-19)

Esa misma historia se repite en el contexto jurídico. Al igual que en esa época, se retira el legislador del pueblo –quien irónicamente será los obligado por la norma– y se ve poseído por el “espíritu de la ley”. En su retiro no debe ser perturbado por

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>5</sup> Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1919; Francisco Sosa Wagner, *Maestros alemanes del derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 169.

<sup>6</sup> Según Jellinek, existen cuatro tipos de relaciones ciudadano-Estado, que dan origen, a su vez, a cuatro *status*: un *status subiectionis*, un *status libertatis*, un *status civitatis* y, por último, un *status activae civitatis*. Analizaremos aquí únicamente este último por ser el que concierne directamente a la participación política.

intervenciones de sujetos ajenos a su discurso. Las voces de estos quedan ahogadas por la prohibición de traspasar los límites de su retiro y, tanto hoy como ayer, ese proceso se hace acompañar de estruendos, relámpagos y montes humeantes, signos que, en definitiva, intimiden al pueblo con el objetivo de que no ose molestar al legislador, quebrantando el lugar santo en que se determinará el orden jurídico y la toma monológica de decisiones.<sup>7</sup> La historia nos enseña una aberración desde el punto de vista democrático-discursivo y muestra claramente a qué nos referimos al hablar de problemas de legitimidad política. Un grupo ha secuestrado para sí la facultad de imponer una determinada forma de actuar a sus semejantes, lo que estos desean o necesitan es absolutamente irrelevante en el discurso oficial. La consecuencia de que se limite o impida a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía pública –fundamento de la democracia– es la pérdida o carencia de legitimidad desde la perspectiva democrático-discursiva. Uno de los filósofos contemporáneos que más decididamente se ha pronunciado contra esa situación es Jürgen Habermas.

## 2. Participación ciudadana como manifestación de discursividad

Kant ha tomado el cielo por asalto, ha ajusticiado a toda la guarnición (*[Er] hat den Himmel gestürmt, er hat die ganze Besatzung über die Klinge springen lassen*).<sup>8</sup> Mientras los franceses tomaban la Bastilla, en Alemania tenía lugar una revolución de orden intelectual. En su deseo de acabar con las contradicciones metafísicas, Kant propone un llamado a la razón para emprender la tarea del autoconocimiento, instituir un tribunal que garantice sus pretensiones legítimas y sea capaz de establecer un orden mediante leyes eternas e invariables provenientes de la razón.<sup>9</sup> Ese desarrollo, llevado al campo de la moral, se concreta en el imperativo categórico, esto es, cuando menos en su formulación más conocida, actúa solo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal.<sup>10</sup> Con ello intenta elevar a ley moral el principio de imparcialidad y fundamenta la ley en la razón como máxima que todo ser humano encuentra en sí mismo. Su mérito radica en separar el contenido de las normas jurídico-morales de una presunta ley natural eterna. La autonomía ética del ser humano se basa en la razón práctica como autolegisladora, pues la razón solo reconoce aquellas normas que ella misma se ha

---

<sup>7</sup> Juan Marcos Rivero, (*¿Muchas?*) *nueces... ¡poco ruido! Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, p. 62.

<sup>8</sup> Heinrich Heine, "Schriften über Deutschland", *Werke*, vol. 4, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968, p. 132.

<sup>9</sup> Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Hamburg, Nikol Verlag, 2014, p. 119.

<sup>10</sup> Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin, Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900, p. 421.

dictado. En esta idea se sustenta, al punto que en *La fundamentación de la metafísica de las costumbres* la eleva al rango de principio de moralidad.<sup>11</sup>

Ahora bien, el problema del imperativo categórico reside en el proceso de su elaboración. Los problemas morales no pueden recibir un tratamiento monológico, pues se corre el riesgo de imponer un criterio, lo que genera relaciones de vinculación ilegítima. Su tratamiento, por el contrario, debe ser discursivo. El poder de definición jurídico solo es legítimo, cuando menos idealmente, en la medida que las condiciones en que este derecho debe ser mantenido y ejecutado hayan podido ser discutidas por quienes se verán sometidos a ellas. De ese modo, el enfoque kantiano pretende ser superado por una teoría que traslada su validez de la subjetividad del individuo a la intersubjetividad de las relaciones de comunicación y consenso. Este conjunto de teorías se denomina “ética discursiva” (*Diskursethik*) y encuentra en Jürgen Habermas a uno de sus principales representantes. Expondremos a continuación las líneas más generales de ese pensamiento.

### 3. Cinco minutos sobre la ética discursiva de Jürgen Habermas

Habermas postula la ética del discurso a partir de su “Teoría de la acción comunicativa” (*Theorie des kommunikativen Handelns*), la cual contrapone a las variables teleológica, normativa y dramaturgica de acción. La “acción comunicativa” opera sobre el supuesto de un medio lingüístico en que se reflejan como tales las relaciones del actor con el mundo. Alcanzado este nivel de formación de conceptos, la problemática de la racionalidad, que hasta aquí solo se planteaba al científico social, cae ahora dentro de la perspectiva del agente mismo, por lo que se introduce el entendimiento lingüístico como un mecanismo bilateral para coordinar la acción. Para Habermas, esa bilateralidad del lenguaje es lo que caracteriza a la acción comunicativa, pues aun cuando el lenguaje es también un mecanismo para los modelos teleológico, normativo y dramaturgico, en ellos se da de forma unilateral, quedando sin la debida exploración la verdadera naturaleza del lenguaje. Si bien se persigue un acuerdo de intereses, los agentes no se orientan primariamente al éxito, sino que persiguen sus intereses a condición de que puedan llegar a un entendimiento.

La acción teleológica ocupa desde Aristóteles el centro de la teoría filosófica de la acción. El actor busca realizar un fin o lograr que se produzca un estado de cosas, eligiendo en una situación dada los medios más congruentes y aplicándolos de manera adecuada. El concepto central es el de una decisión entre alternativas de acción, orientada a la realización de un propósito, dirigida por máximas y apoyada en una interpretación de la situación que el mundo le plantea. Ahora bien, cuando

---

<sup>11</sup> Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2007, pp. 88-90.



la acción teleológica se amplía<sup>12</sup> e interviene la decisión de otro agente que también busca su satisfacción, se torna en acción estratégica, orientándose de una forma utilitarista por la cual el actor elige calculando medios y fines desde el punto de vista de la maximización de su utilidad.

La acción normativa se refiere, no al comportamiento de un actor aislado en cuyo entorno se sitúan otros actores, sino a los miembros de un grupo que orientan su acción por valores comunes y expresan acuerdos mediante normas que pueden ser acatadas o ignoradas.<sup>13</sup> Todos los miembros de un grupo obligado tienen derecho a esperar unos de otros que se ejecuten u omitan, respectivamente, las acciones obligatorias o prohibidas. El concepto central de observación de una norma significa el cumplimiento de una expectativa generalizada de comportamiento, materializada en un mandato. La expectativa de comportamiento, advierte Habermas, no tiene sentido cognitivo de expectativa de un suceso pronosticable, sino el sentido normativo de que los integrantes del grupo tienen derecho a esperar un determinado comportamiento.

Distinto es el caso de la acción dramática. En esta no se alude ni a un actor solitario (acción teleológica) ni al miembro de un grupo social (acción normativa), sino al participante en una interacción en que unos constituyen para otros un público ante el cual se ponen a sí mismos en escena.<sup>14</sup> El actor suscita en su público una determinada impresión de sí mismo, según revele más o menos de su propia subjetividad, por lo que puede controlar el acceso a la esfera de sus sentimientos, pensamientos, actitudes, deseos, etc. La autoescenificación se presenta como el concepto central y significa, no un comportamiento expresivo espontáneo, sino una estilización de la expresión de las propias vivencias, hecha con vistas a los espectadores.

Habermas no se encuentra del todo satisfecho con esos tipos de acción, y propone la acción comunicativa, en la cual opera un nuevo supuesto, el de un medio lingüístico en que se reflejan como tales las relaciones del actor con el mundo. Alcanzado este nivel de formación de conceptos, la problemática de la racionalidad, que hasta aquí solo se planteaba al científico social, cae ahora dentro de la perspectiva del agente mismo, introduciéndose el entendimiento lingüístico como un mecanismo bilateral para coordinar la acción. Para Habermas, esa bilateralidad del lenguaje es lo que caracteriza a la acción comunicativa, pues aun cuando el lenguaje es también un mecanismo para los modelos teleológico, normativo y dramático, en ellos se da de forma unilateral, quedando sin la debida exploración la verdadera naturaleza del lenguaje.

La acción comunicativa se refiere a la interacción de cuando menos dos sujetos capaces de producir lenguaje, que entablan una determinada relación. Los actores

---

<sup>12</sup> Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. I, Berlin, Suhrkamp Verlag, 2011, p. 122.

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 124.

buscan entenderse sobre una situación para poder coordinar sus planes. Si bien se persigue un acuerdo de intereses (y en ese sentido sería un concepto teleológico de acción), los agentes no se orientan primariamente al éxito, sino que persiguen sus intereses a condición de que puedan llegar a un entendimiento con los otros sobre sus respectivos planes. El punto central se refiere, primordialmente, a la negociación y búsqueda de consensos.<sup>15</sup>

En la interacción se enfrenta a situaciones de controversia, y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o corrección, se produce el paso desde la acción comunicativa hacia el discurso, donde se busca la veracidad de las aserciones o bien la corrección de normas. La pretensión de verdad da lugar al discurso “teórico de constatación”, la de corrección al discurso “práctico regulador”. Ambos persiguen un consenso basado en la fuerza de los argumentos, pero mientras el discurso teórico se rige por el “principio de inducción”, el discurso práctico lo hace por el “principio de universalización”.

La ética del discurso se sirve del concepto de acción en su variante comunicativa y desde allí busca el consenso para determinar la corrección de las normas éticas. Kant acertó al señalar que la conciencia autolegisla la ley moral, sin embargo, esa ley debe ser consensuada socialmente, y ello solo se puede alcanzar mediante la comunicación. Así, es transformada en una disciplina que reinterpreta las condiciones universales de la racionalidad como condiciones de interacción pragmático-lingüística.<sup>16</sup>

La pragmática universal habermasiana se enfoca en el estudio de las condiciones del consenso mediante la comunicación, mismas que facilitan un posible entendimiento (*Verständigung*), y a partir de allí un acuerdo (*Einverständnis*) que determine conocimiento compartido y confianza mutua. Esa situación no solo expresa las instituciones de una determinada cultura o época, sino que poseería validez universal.<sup>17</sup> La comunicación no es estática en la medida en que sus intervinientes son –idealmente– seres libres y racionales que actúan lingüísticamente y están dispuestos a escuchar la réplica a sus argumentos.<sup>18</sup> Ello vendría a ser posible gracias al supuesto de una “situación ideal del habla” (*Ideale Sprechsituation*), por la cual cada interviniente posee las mismas posibilidades de participación.

La justificación de normas no puede hacerse apelando a unos principios accesibles por vía de intuición. Esos principios materiales no existen como lo evidencia el pluralismo de los grupos sociales contemporáneos. Quedan descartados autoritarismos, y la pregunta acerca de qué es lo moralmente correcto podrá determinarse

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>16</sup> Luis Sáez, *Movimientos filosóficos actuales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 385.

<sup>17</sup> Jürgen Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991; *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

<sup>18</sup> Ulrich Schroth, “Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion”, en A. Kaufmann y W. Hassemer (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg-Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, 1997, p. 192.

solo mediante un diálogo entre todos los afectados por la norma en cuestión. El diálogo al que se hace referencia no es de cualquier clase, sino que debe someterse a determinadas reglas en su condición de “discurso práctico”, y en él se debe brindar tutela también al elenco de derechos ciudadanos.

### 3.1. Críticas a la ética del discurso

La ética discursiva se presenta como un modelo de pensamiento “heurístico” que pretende corregir las debilidades de la ética kantiana. Sin embargo, no se encuentra libre de oscuridades y problemas de aplicación. Nos enfocaremos aquí en tres de las principales críticas que ante ella se han presentado: el dogma de la igualdad, la “situación ideal del habla” y la problemática idea del consenso.

Un primer problema se encuentra en la presunta posición de igualdad entre los individuos participantes en un discurso. En su desarrollo se hace de ella un estandarte y se le introduce con el único fin de mantener a flote la “situación ideal del habla”. No se aporta ningún argumento sobre tal igualdad, cuando, por el contrario, su existencia debería ser uno de los primeros puntos por dilucidar. De ese modo, Habermas fundamenta su teoría con base en una idea, por lo demás dudosa, y cuya adecuación a la realidad es cuestionable. Con ello convierte la idea de igualdad en un dogma, e incurre así en uno de los problemas de fundamentación que Albert consignara en su “Trilema de Münchhausen”.<sup>19</sup>

La “situación ideal del habla” hace referencia a que cada participante se halla en las mismas condiciones para aportar sugerencias, ejemplos o críticas a una determinada discusión. Una suposición del tipo señalado contradice la experiencia; sin embargo, con ánimo de defenderla, ha llegado a afirmarse que no debe entenderse en sentido real, sino que es, simplemente, una idea regulativa en sentido kantiano, de la que no se sabe si podrá encarnarse alguna vez, pero por la que es racional orientarse. Es un presupuesto pragmático y, por tanto, un componente del sentido y la validez de los actos de habla. Lo “racional” es adoptarla como orientación y canon para la crítica de nuestros diálogos reales. No obstante, incluso en esa línea, una ficción de tal magnitud no parece ser el camino para guiar procesos discursivos. Se muestra como una idealización problemática que no considera la esencia del disenso, ni las condiciones para el progreso de la discusión.<sup>20</sup> El objetivo no es buscar consensos, sino trabajar sobre las limitaciones de cualquier sistema de discusión mediante organizaciones alternativas del discurso.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Hans Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Stuttgart, JCB Mohr UTB, 1991, pp. 25-26.

<sup>20</sup> Ota Weinberger, “Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie”, en Krawietz y Preyer, *op. cit.*, p. 428,

<sup>21</sup> Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978, p. 131.

La idea del consenso como tercera objeción ha sido puesta en entredicho por distintos autores. Tuori denuncia el arrogante fin que busca el consenso, y revela un problema de “condicionamiento cultural”. Este resulta familiar como consecuencia de las acusaciones de etnocentrismo que se dirigen contra el concepto de racionalidad comunicativa utilizado en la ética del discurso. En la sociedad moderna, dicho problema está conectado con la diferenciación de culturas, y el análisis de las concepciones ético-jurídicas no puede limitarse a las estructuras generales de la conciencia en una única visión de mundo, antes bien, debe considerar las diferentes respuestas que brinda cada cultura. Kern enfatiza las dificultades metodológicas del consenso. Se afirma que este se formará alrededor del mejor argumento, empero, no se ofrece ninguna indicación acerca de aquello que lo caracteriza, ni del método para alcanzarlo, lo cual conduce a un principio vacío.<sup>22</sup> Una última crítica a la idea de consenso es aquella que pone en tela de juicio su eficacia. Alexy refiere que la posibilidad de engañarse sobre la medida de su cumplimiento muestra que ningún consenso producido tácticamente es una garantía de validez en los resultados de un discurso. Las reglas señaladas no indican cómo debe, por ejemplo, resolver un jurista un caso determinado convirtiéndolo en un bello ideal que sirve de muy poco en la práctica de la argumentación moral cotidiana y en la jurisprudencia.<sup>23</sup>

#### 4. Cuatro formas reales de leer la participación ciudadana

A partir de la presentación anterior es posible abordar el tema propuesto al inicio: ¿puede la ética discursiva aportar algo al debate sobre los procesos de participación ciudadana? Sí puede, como fundamento jurídico-filosófico de las condiciones democráticas que deben guiar los procesos de redistribución del poder entre las autoridades y la sociedad civil, como base para que las políticas partan, no desde el monólogo gubernamental, sino desde diálogos que legitimen la toma de decisiones. La ética discursiva de Habermas –aun con las críticas que no logra despejar en la práctica y sus oscuridades teóricas– presenta una contribución al debate que no puede obviarse, esto es, la necesidad de la búsqueda de consensos que permitan que las decisiones no se manifiesten únicamente como una imposición, sino como un proceso participativo.

¿Puede la ética discursiva brindar alguna luz acerca de los efectos de los procesos de participación ciudadana? No puede, si aquello que se busca es un conteo claro de los posibles efectos que los procesos de participación ciudadana pueden alcanzar en la práctica. Ese reproche no es imputable ni a Habermas ni a quienes

---

<sup>22</sup> Lucian Kern, “De Habermas a Rawls. El discurso práctico y el modelo del contrato: una comparación desde la lógica de la decisión”, Lucian Kern (comp.), *La justicia: ¿discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 142.

<sup>23</sup> Alexy, *op. cit.*, p. 137.

han pretendido convertir su ética del discurso en una *teoría del todo* a nivel del fenómeno político, olvidando así que dicho aporte se refiere a las condiciones de la participación política, y no tanto a sus efectos reales.<sup>24</sup> A partir de lo anterior se ofrece aquí una tipología acerca de cuatro posibles efectos de los procesos de participación ciudadana: la hipótesis del mantenimiento del *statu quo*, la hipótesis del arrecife de coral, la hipótesis del empoderamiento de la sociedad civil y la hipótesis del cambio en las relaciones de poder.<sup>25</sup>

#### 4.1. Mantenimiento del *statu quo*

Los procesos participativos han sido concebidos como una forma de equilibrar los juegos del poder que, usualmente, atañen solo a los poderes político-gubernamentales, a fin de involucrar en los procesos de toma de decisiones a sectores históricamente marginados, así como de facilitar cambios sociales producto de reacciones normativas provenientes de la sociedad civil.

Sin embargo, las expectativas expresadas parecen lejos de cumplirse en la práctica. El escenario más común es el de la resistencia y la continuidad de las relaciones de poder establecidas.<sup>26</sup> Se ha denunciado que en muchos procesos la selección de los participantes se lleva a cabo de acuerdo con las afinidades del partido oficialista.<sup>27</sup> Igualmente, se ha demostrado que algunos procesos de participación se abren a los ciudadanos no organizados como estrategia para excluir a los sectores más críticos mejor estructurados.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Para un estudio más profundo acerca de los efectos puede consultarse Patricia García-Espín y Manuel Jiménez Sánchez, “Los procesos participativos como potenciadores de la democracia. Explorando los efectos, mecanismos y evidencias en la sociedad civil”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 120.

<sup>25</sup> Se descarta aquí la que podría ser una quinta hipótesis, a saber, que los procesos no producen ningún efecto en la práctica por cuanto en política –así como en sus distintas formas de manifestación– todo comunica. Así las cosas, un proceso participativo puede ser: 1) un potenciador democrático real; 2) un aparente potenciador democrático que en realidad persiga el mantenimiento del *statu quo*; 3) un no-potenciador (en el sentido de los efectos originarios que se pretendían) que ante su aparente inocuidad desemboque en frustración participativa.

<sup>26</sup> Ernesto Ganuza, Héloïse Nez y Ernesto Morales, “The struggle for a voice: Tensions between associations and citizens in participatory budgeting”, *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 38, núm. 6, 2014; Edward Walker, Michael McQuarrie y Caroline Lee, “Rising Participation and Declining Democracy”, en Caroline W. Lee, Michael McQuarrie y Edward Walker (eds.), *Democratizing Inequalities: Dilemmas of the New Public Participation*, New York, NYU Press, 2015.

<sup>27</sup> Clemente Navarro, *El sesgo participativo*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1999.

<sup>28</sup> John Parkinson, “Why deliberate? The encounter between deliberation and new public managers”, *Public Administration*, vol. 82, núm. 2, 2004.

En otros escenarios, la misma dinámica de trabajo gubernamental resulta conflictiva con la participación,<sup>29</sup> y la definición de los problemas puede reducir la ambición por tomar parte en los procesos participativos.<sup>30</sup> El conjunto de relaciones entre los actores asociativos y las autoridades depende del empoderamiento previo de la sociedad civil y del diseño institucional. En definitiva, los procesos de participación política pueden responder también a la instrumentalización y la legitimación del *statu quo*,<sup>31</sup> es decir, los procesos participativos no cambiarían la estructura de oportunidades políticas y no estimularían nuevas interacciones entre los grupos asociativos.<sup>32</sup>

## 4.2. La teoría del arrecife de coral

A los procesos participativos se les ha reconocido la posibilidad de construir capital social,<sup>33</sup> en la medida en que establecen espacios institucionales que propician las interacciones y las iniciativas de coordinación entre individuos y actores asociativos, que de otro modo serían difíciles de lograr. Se puede pensar así que funcionan en la sociedad civil como los arrecifes de coral lo hacen en la vida marina.<sup>34</sup>

Desde una perspectiva estructural, los procesos participativos pueden suponer un cambio en la estructura de costes y beneficios asociada a la acción colectiva, lo que facilita la formación de nuevos grupos o atrae nuevos participantes. Una vez resueltos los problemas iniciales de coordinación, estos procesos pueden incrementar la probabilidad de que la acción colectiva tome cuerpo en grupos más o menos formalizados. Las expectativas de acceso a recursos pueden actuar como un factor impulsor para grupos que no estaban previamente organizados. Por el contrario, si los procesos participativos son percibidos como costosos, o los resultados frustrantes, los participantes potenciales pueden abandonar. Esa salida puede implicar una forma de expresar desacuerdo ante el nuevo escenario político.<sup>35</sup>

Los sectores académico y profesional suelen discrepar acerca de los posibles efectos de la participación. Mientras los académicos tienden a ser escépticos, y, en

---

<sup>29</sup> Yves Sintomer y Ernesto Ganuza, *Democracia participativa y modernización de los servicios públicos: una investigación sobre las experiencias de presupuestos participativos en Europa*, Ámsterdam, Paris TNI/La Découverte, 2011.

<sup>30</sup> Nina Eliasoph, *Avoiding politics: How Americans produce apathy in everyday life*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

<sup>31</sup> García-Espín y Jiménez-Sánchez, *op. cit.*, p. 120.

<sup>32</sup> Gianpaolo Baiocchi, Patrick Heller y Marcelo Silva, *Bootstrapping democracy: Transforming local governance and civil society in Brazil*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2011.

<sup>33</sup> Peter Evans, "Government action, social capital and development: Reviewing the evidence on synergy", *World Development*, vol. 24, núm. 6, 1996.

<sup>34</sup> García-Espín y Jiménez-Sánchez, *op. cit.*, p. 124.

<sup>35</sup> Albert Hirschman, *Exit, voice and loyalty. Responses to decline in firms, organizations, and states*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

su opinión, el principal cambio en la estructura de costes y beneficios de la acción colectiva no es la introducción de procesos de participación, sino el flujo de subvenciones públicas vinculadas a la prestación de servicios, el positivismo embarga a los profesionales, quienes ubican los efectos en las experiencias de presupuestos participativos, con una positiva confluencia de participantes anteriormente no organizados, así como la incorporación de sectores previamente excluidos.<sup>36</sup>

La posible interacción entre los distintos actores es otro punto que puede verse intensificado. Los participantes pueden conocerse mutuamente, e identificarse como parte de una misma comunidad. Los procesos participativos pueden activar aquellos mecanismos de formación de confianza basados en un aumento del conocimiento, reduciendo la incertidumbre sobre los comportamientos de los demás, o simplemente en el reconocimiento de similitudes. Claro está, el simple aumento en las interacciones no garantiza el inicio de procesos de reconocimiento e identificación; podría también conducir a un escenario de desconfianza social, ausencia de reconocimiento y fomentar divisiones que refuerzan desigualdades preexistentes.<sup>37</sup>

### 4.3. Empoderamiento de la sociedad civil

Desde una perspectiva estructural, los procesos participativos como medio de empoderamiento pueden dar origen a tres tipos de efectos. En primer lugar, pueden conllevar variaciones en el acceso a recursos organizativos, ya sean recursos materiales o cognitivos, o acceso a funcionarios de la administración y autoridades políticas. Los efectos más importantes están relacionados con los recursos cognitivos, especialmente los que conciernen al funcionamiento de la administración pública. También se activan mecanismos de legitimación, según los cuales las autoridades reconocen a las asociaciones como interlocutores legítimos.<sup>38</sup>

En segundo lugar, los cambios pueden desencadenar dinámicas asociadas con procesos de consolidación organizativa. Estos pueden ser detectados como cambios en el funcionamiento interno y en la comunicación con sus bases sociales, sus objetivos y sus actividades externas. Este tipo de efecto se refiere, principalmente, a las tendencias organizativas a largo plazo, por lo cual es difícil de poner en marcha.<sup>39</sup>

En tercer lugar, puede apuntarse un favorecimiento de la burocratización. La participación institucionalizada puede estimular la organización jerárquica, debilitar las conexiones con las bases sociales y desplazar las demandas políticas por objetivos de supervivencia de la propia organización. Sin embargo, también puede llevar a las asociaciones a abrirse hacia sus comunidades de referencia. La participación puede

---

<sup>36</sup> García-Espín y Jiménez-Sánchez, *op. cit.*, p. 125.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>38</sup> Doug McAdam, Sidney Tarrow y Charles Tilly, *Dynamics of contention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>39</sup> García-Espín y Jiménez Sánchez, *op. cit.*, p. 130.

estimular la democracia interna por la difusión de herramientas para la discusión y la toma de decisiones con metodologías crítico-participativas.<sup>40</sup>

A nivel cultural, la participación política puede incrementar la percepción positiva acerca de la eficacia externa o influencia política, y se encuentra relacionada con la confianza de poder influir y lograr cambios en las políticas públicas. Una evaluación positiva puede convertirse en un círculo virtuoso que conduce a mayor compromiso con el proceso participativo y la percepción de las autoridades.<sup>41</sup>

#### 4.4. Cambio en las relaciones de poder

Quizás el objetivo principal –aunque también el más difícil de alcanzar– de los procesos participativos consiste en transformar las relaciones de poder entre la sociedad civil y las autoridades. Algunos autores ya han apuntado que ese fin puede manifestarse en seis distintos efectos.<sup>42</sup> Un primer efecto radicaría en el involucramiento a las redes políticas de un distinto número de actores como consecuencia de los procesos participativos; se incluyen así actores hasta ese momento excluidos.<sup>43</sup>

Un segundo efecto se halla en el potencial transformador de los procesos participativos. Cuando los actores respaldan las nuevas reglas es posible institucionalizar nuevos principios de interacción tales como la transparencia. Así, llevar a cabo modificaciones en los flujos de información provocadas por la formalización y la publicidad de las interacciones puede reducir el ejercicio del poder discrecional, así como aumentar la capacidad de influencia de sectores ignorados o silenciados.<sup>44</sup>

Un tercer efecto se refiere a la autonomía de los intervinientes en los procesos participativos. Es posible impulsar procesos de redistribución del poder entre los actores, proporcionando nuevas oportunidades políticas para influir en las decisiones;<sup>45</sup> de ese modo, tales procesos generan una especie de onda, esto es, desencadenan subprocesos en otras áreas. Este tercer efecto es uno de los más importantes, toda vez que el núcleo de la participación consiste en generar réplicas a lo largo de la comunidad política.<sup>46</sup>

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>42</sup> *Baiocchi et al., op. cit.*

<sup>43</sup> Esther Hernández-Medina, “Social inclusion through participation: The case of the participatory budget in São Paulo”, *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 34, núm. 3, 2010.

<sup>44</sup> Monika Bauhr y Marcia Grimes, “Indignation or resignation: The implications of transparency for societal accountability”, *Governance*, vol. 27, núm. 2, 2014.

<sup>45</sup> Elena Fagotto y Archon Fung, “Empowered participation in urban governance: The Minneapolis neighborhood revitalization program”, *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 30, núm. 3, 2006.

<sup>46</sup> García-Espín y Jiménez-Sánchez, *op. cit.*, p. 134.



Un cuarto efecto se encuentra relacionado con el binomio conflicto-cooperación. Los procesos participativos pueden convertir contextos conflictivos en contextos cooperativos, mas vale señalar que lo opuesto también es posible, es decir, se podría conducir a escenarios de conflicto cuando alguno de los distintos actores paraliza la institucionalización de nuevas prácticas transparentes.<sup>47</sup> Sin embargo, aumentos en el nivel del conflicto pueden ser ya un indicador de una eventual redistribución de poder, misma que de no abordarse adecuadamente puede conducir a un fracaso de la institución como tal.<sup>48</sup>

Un quinto efecto es que la percepción mutua entre grupos participativos y autoridades públicas puede variar. Tal proceso en el interior de las redes políticas se caracterizaría por alentar de forma clara, transparente, intensa y políticamente significativa los procesos de comunicación, lo que implicaría incrementar el mutuo conocimiento, activar mecanismos de generación de confianza, reducir la incertidumbre acerca de los comportamientos de la(s) contraparte(s), reconocer objetivos compartidos, fomentar la identificación mutua, entre otros.<sup>49</sup>

El sexto y último efecto es que la comunicación intensa y significativa puede conducir a cambios en la forma de comprender y enfrentar los problemas, así como a los demás actores. Esos cambios pueden llevar a una mayor receptividad y madurez respecto a nuevas ideas para solucionar los conflictos. Además, como resultado de esa efectiva comunicación, puede esperarse la activación de mecanismos deliberativos que favorezcan la adopción de orientaciones hacia intereses generales y no basados en intereses egoístas.<sup>50</sup>

## Conclusiones

La mejor forma de arrojar luz acerca del pensamiento de un autor consiste en estudiarlo (estudiar su obra) en el marco de problemas concretos, con el objetivo de determinar si sus tesis inciden en la realidad, o si se mantienen como simple “juego académico”. Al iniciar este ensayo nos propusimos reseñar las ideas principales de Habermas y su ética discursiva, con el objetivo de determinar su validez al intentar examinar los posibles efectos de los procesos de participación política.

Habermas aporta algunas ideas interesantes en el campo de la fundamentación ética al ir más allá del imperativo categórico e intentar sustituirlo por un supuesto de intersubjetividad. En el plano jurídico, su mérito descansa en la denuncia de los problemas de legitimidad normativa y en ser un mecanismo de control –a nivel

---

<sup>47</sup> Ganuza *et al.*, *op. cit.*

<sup>48</sup> García-Espín y Jiménez-Sánchez, *op. cit.*, p. 134.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>50</sup> Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy”, en Alan Hamlin y Philip Pettit (eds.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, New York, Blackwell, 1989.

ideal– en la creación de la ley. En el plano político se muestra como un valioso instrumento en la evaluación de la legitimidad de las decisiones políticas, aunque muestra sus limitaciones si lo que se desea es utilizarlo como una herramienta para el análisis de los efectos de la participación política.

Es necesario dejar a Habermas un momento y fijar la mirada sobre los efectos reales de los procesos de participación política. No puede afirmarse que los procesos participativos no tengan efectos; estos pueden servir para mantener el *statuo quo*, o bien deberían cumplir la función que efectivamente se les asigna en las sociedades democráticas. En definitiva, los procesos participativos pueden generar múltiples efectos que pueden influir, positivamente o negativamente, en la calidad democrática de nuestro sistema político.

## Bibliografía

- ALBERT, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*, Stuttgart, JCB Mohr UTB, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1978.
- BAIOCCHI, Gianpaolo, Patrick HELLER y Marcelo SILVA, *Bootstrapping democracy: Transforming local governance and civil society in Brazil*, Stanford, CA, Stanford University Press, 2011.
- BAUHR, Monika y Marcia GRIMES, “Indignation or resignation: The implications of transparency for societal accountability”, *Governance*, vol. 27, núm. 2, 2014.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- COHEN, Joshua, “Deliberation and democratic legitimacy”, en Alan HAMLIN y Philip PETTIT (eds.), *The Good Polity: Normative analysis of the state*, New York, Blackwell, 1989.
- ELIASOPH, Nina, *Avoiding politics: How Americans produce apathy in everyday life*. Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- EVANS, Peter, “Government action, social capital and development: Reviewing the evidence on synergy”, *World Development*, vol. 24, núm. 6, 1996.
- FAGOTTO, Elena y Archon FUNG, “Empowered participation in urban governance: The Minneapolis neighborhood revitalization program”, *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 30, núm. 3, 2006.
- GANUZA, Ernesto, Héloïse NEZ y Ernesto MORALES, “The struggle for a voice: Tensions between associations and citizens in participatory budgeting”, en *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 38, núm. 6, 2014.
- GARCÍA-ESPÍN, Patricia y Manuel JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, “Los procesos participativos como potenciadores de la democracia. Explorando los efectos, mecanismos y evidencias en la sociedad civil”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, 2017.

- HABERMAS, Jürgen, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. I., Berlin, Suhrkamp Verlag, 2011.
- HEINE, Heinrich, “Schriften über Deutschland”, *Werke vierte*, vol. 4, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1968.
- HERNÁNDEZ-MEDINA, Esther, “Social inclusion through participation: The case of the participatory budget in São Paulo”, *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 34, núm. 3, 2010.
- HIRSCHMAN, Albert, *Exit, voice and loyalty. Responses to decline in firms, organizations, and states*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.
- JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Aalen, Scientia, 1919.
- KANT, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, Hamburg, Nikol Verlag, 2014.
- \_\_\_\_\_, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin, Ausgabe der Preußischen Akademie der Wissenschaften, 1900.
- KERN, Lucian, “De Habermas a Rawls. El discurso práctico y el modelo del contrato: una comparación desde la lógica de la decisión”, *La justicia: ¿discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- LARENZ, Karl, *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1985.
- MCADAM, Doug, Sidney TARROW y Charles TILLY, *Dynamics of contention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- NAVARRO YÁÑEZ, Clemente, *El sesgo participativo*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1999.
- PARKINSON, John, “Why deliberate? The encounter between deliberation and new public managers”, *Public Administration*, vol. 82, núm. 2, 2004.
- REHG, William, “The place of consensus in democratic legitimation: A recommendation”, en Werner KRAWIETZ y Gerhard PREYER (eds.), *Rechtstheorie, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, edición especial sobre Habermas, vol. 27, núm. 3, Berlin, Duncker&Humblot, 1996.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, (*¿Muchas?*) *nueces... ¡poco ruido! Reflexiones sobre el estado actual del discurso jurídico penal costarricense*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.
- SÁEZ RUEDA, Luis, *Movimientos filosóficos actuales*, Madrid, Trotta, 2001.
- SCHROTH, Ulrich, “Probleme und Resultate der Hermeneutik-Diskussion”, en A. KAUFMANN y W. HASSEMER (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg-Karlsruhe, Müller Juristischer Verlag, 1997.
- SINTOMER, Yves y Ernesto GANUZA, *Democracia participativa y modernización de los servicios públicos: una investigación sobre las experiencias de presupuestos participativos en Europa*, Ámsterdam, Paris TNI/La Découverte, 2011.
- SOSA, Francisco, *Maestros alemanes del derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

WALKER, Edward, Michael MCQUARRIE y Caroline LEE, “Rising participation and declining democracy”, en Caroline W. LEE, Michael MCQUARRIE y Edward WALKER (eds.), *Democratizing Inequalities: Dilemmas of the New Public Participation*, New York, NYU Press, 2015.

WEINBERGER, Ota, “Diskursive Demokratie ohne Diskursphilosophie”, en Werner KRAWIETZ y Gerhard PREYER (eds.), *Rechtstheorie, System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, edición especial sobre Habermas, vol. 27, núm. 3, Berlin, Duncker&Humblot, 1996.

**Héctor Fernández Vásquez\* (Venezuela)**

## **El necesario equilibrio entre la acción de gobierno y la participación ciudadana para la concreción de ofertas participativas amplias, abiertas e inclusivas**

### **RESUMEN**

América Latina registra altos niveles de desigualdad. Esto se evidencia claramente en la posibilidad de ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de unos grupos sociales con respecto a otros que se encuentran en condiciones de ventaja. La participación ciudadana puede ser clave para hacer efectivos los DESC de los sectores más vulnerables y reducir así las inequidades. Para lograrla se requieren ofertas participativas amplias, abiertas e inclusivas, cuya realización depende de ciertos presupuestos, elementos y factores que se analizan en el texto. El primero: el necesario equilibrio entre acción de gobierno y participación ciudadana.

**Palabras clave:** equilibrio, oferta participativa, inclusión social.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Lateinamerika zeichnet sich durch ein hohes Ungleichheitsniveau aus. Dies kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass einige gesellschaftliche Gruppen hinsichtlich der Möglichkeiten, von ihren wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten Gebrauch zu machen, gegenüber anderen im Vorteil sind. Die Bürgerbeteiligung kann eine entscheidende Rolle bei der Wahrnehmung der genannten Rechte durch besonders gefährdete Bevölkerungsschichten spielen und damit zur Reduzierung der Ungleichheit beitragen. Dazu bedarf es umfassender, offener und inklusionsorientierter Partizipationsangebote, deren Wahrnehmung von bestimmten Annahmen, Elementen und Faktoren abhängt, die im Text analysiert werden. An erster Stelle steht dabei das notwendige Gleichgewicht zwischen Regierungshandeln und Bürgerbeteiligung.

---

\* Especialista en Derecho Procesal y Parlamentario, Universidad Católica Andrés Bello-Universidad de Salamanca. Profesor de pregrado y posgrado en Derecho Procesal, Derecho Civil y Derecho de Familia y Menores, Universidad Católica Andrés Bello. [hfernandez@afalegal.net](mailto:hfernandez@afalegal.net)

**Schlagwörter:** Beteiligung, Partizipationsangebot, soziale Inklusion.

## SUMMARY

There is a high level of inequality in Latin America. This is clearly evidenced by the relative ability of some social groups to exercise economic, social and cultural rights (ESCR) with respect to more advantaged groups. Citizen participation can be key for the enforcement of the ESCR of the most vulnerable sectors, thereby reducing inequalities. Achieving this requires broad, open and inclusive participatory offers, which depend on certain assumptions, elements and factors that are analyzed in the text. The first: the necessary balance between government action and citizen participation.

**Key words:** Participation, participatory offer, social inclusion.

## Introducción

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) ha advertido acerca de los altos niveles de desigualdad social que se registran en Latinoamérica, especialmente la relativa al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).<sup>1</sup> A esa realidad se le puede hacer frente con políticas públicas de corte participativo *ad hoc* o especiales, dirigidas a canalizar, dar respuesta o ampliar los DESC de los sectores sociales más débiles y su justa consecuencia: la corrección de inequidades.

Por ese enfoque democrático de la participación ciudadana,<sup>2</sup> que la concibe como un mecanismo de inclusión social y como un factor de democratización real y efectiva de la sociedad, la cuestión de cómo hacerla eficaz me ha llamado la atención

---

<sup>1</sup> La Cepal ha denotado los altos niveles de desigualdad social que se registran en los países de América Latina. Al respecto ha advertido que esa situación debe ser atendida con seriedad, para no sucumbir en el intento de consecución de los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Además, la Cepal destacó que la igualdad de derechos, asumida como la plena titularidad para el ejercicio de los DESC, constituía el eje primordial de la igualdad (Comisión Económica para América Latina y el Caribe - Cepal, *Estudio económico de América Latina y el Caribe, 2016 (LC/G.2684-P)*, Santiago, Cepal, 2016).

<sup>2</sup> Rodolfo Canto aclara que sobre la participación ciudadana existen diversos conceptos y enfoques, las más de las veces contradictorios entre sí. Destaca el autor dos distinciones; una primera que distingue los enfoques gerencial y democrático de la participación ciudadana; y una segunda, que distingue el enfoque democrático del pluralista.

Bajo el enfoque democrático, señala que “los ciudadanos dejan de ser simples receptores, usuarios o clientes de políticas públicas y son vistos propiamente como ciudadanos, es decir, como miembros de una comunidad política, con poder de decisión. Para que la participación sea realmente democrática debe dar lugar a decisiones vinculantes, de cumplimiento obligatorio para las agencias públicas” (“Gobernanza y democracia: de vuelta al río turbio de la política”, *Gestión y Política Pública*, vol. 21, núm. 2, 2012, p. 16. Disponible en: [http://www.gestionypolitica.cide.edu/num\\_antteriores/Vol.XXI\\_No.II/02\\_Rodolfo\\_Canto\(333-374\).pdf](http://www.gestionypolitica.cide.edu/num_antteriores/Vol.XXI_No.II/02_Rodolfo_Canto(333-374).pdf)).

desde hace tiempo. De allí este texto de reflexión que, bajo una perspectiva político-constitucional, presento a consideración de los lectores.

Sobre el mismo gravita la idea del tipo de oferta participativa que ha de formularse para que se pueda lograr la inclusión social a través de la participación ciudadana. En tal sentido, se predica que esta debe ser abierta, amplia e inclusiva, en los términos que más adelante se plantean, sin incurrir en excesos. Esto último para que la participación ciudadana no degenera en trivial, con la consecuente parálisis del Estado<sup>3</sup> o el retroceso hacia estadios ya superados de democracia pura o de autogobierno, como la ejercida en la Atenas clásica, con su tendencia al faccionalismo y su proclividad hacia la tiranía, de la que han advertido desde Platón hasta por lo menos James Madison, “padre de la Constitución” norteamericana.<sup>4</sup>

Así las cosas, lo que corresponde es la búsqueda del equilibrio entre la acción de gobierno y la injerencia ciudadana en la gestión pública, tarea muy difícil de lograr. Esto a causa de la tensión siempre presente entre las formas clásicas del Gobierno representativo y los procedimientos y mecanismos de la participación pública, que ocasionan no pocos problemas de operatividad y funcionalidad institucional. Con todo, se trata de un desafío político que al derecho constitucional le corresponde acompañar y que se hace preciso superar, para lograr estabilidad institucional y desarrollo social.

Tres factores pueden ser determinantes para alcanzar ese trascendental equilibrio entre la acción de gobierno y la participación ciudadana, a saber: i) el compromiso serio, firme y ético del Estado con la generación de condiciones institucionales que favorezcan la efectividad de la participación; ii) un dinámico y fluido proceso de comunicación bidireccional entre el ciudadano de a pie y sus funcionarios, sobre todo los más cercanos, que aproveche las soluciones tecnológicas actuales y se distinga por ser abierto y transparente; y iii) un entramado social favorable a la participación ciudadana, en especial a la de los grupos más vulnerables de la población. En tal sentido, se denota la importancia de la colaboración de la sociedad civil para la construcción de ese entorno, la cual se debe comprometer a ello no solo por los

---

Sobre el enfoque gerencial explica que “es un medio para mejorar la gestión pública; sus modalidades y alcances dependerán del fin buscado en cada caso. Aunque en principio este enfoque incluye todo el continuo de participación (información, comunicación, consulta, debate y decisión) lo común es que no incluya la decisión” (p. 17).

Y por lo que respecta al enfoque pluralista, comenta el citado autor, que bajo el mismo la participación “es vista básicamente como la intervención de diversos sujetos sociales y colectivos en los asuntos públicos, para incidir en los procesos de la política pública en función de sus intereses, objetivos o valores específicos, y también del poder y recursos que tienen o son capaces de reunir” (p. 17).

<sup>3</sup> Luis Salamanca, “La Constitución de 1999 y la participación de la sociedad civil en el Poder Legislativo”, Coromoto Renaud (coord.), *La participación de la sociedad civil en la Constitución de 1999*, Caracas, ILDIS, 2002.

<sup>4</sup> Erwin Robertson, “¿Fue la democracia ateniense una democracia directa?”, *Tercer Congreso Internacional de Estudios Griegos: Grecia y nuestro futuro*, Santiago, Iter, 2013.

principios de corresponsabilidad social y de solidaridad (del más fuerte hacia el más débil), sino también por razones de estabilidad política y social.

Si el presente artículo logra llamar a la reflexión dentro de la comunidad jurídica sobre tales aspectos, normalmente más agitados por los estudiosos de la ciencia política que por los juristas, entonces habrá cumplido su cometido. Más aún, cuando los mismos afectan cuestiones relevantes para el derecho constitucional contemporáneo. Por citar una, la desarticulación de competencias públicas para la participación.

## 1. Generalidades sobre la participación ciudadana y sus mecanismos

La participación ciudadana y los instrumentos participativos han venido ganando centralidad, principalmente a causa de la crisis de representatividad experimentada por las democracias occidentales a partir de finales de la década de los ochenta.<sup>5</sup> Pero también, por una nueva comprensión del principio democrático y de una de sus reglas fundamentales: la que preconiza que una decisión tiene mayores posibilidades de tratar con justicia a los afectados cuando estos participan de ella. Esta nueva comprensión del principio democrático se caracteriza por ser universal, dinámica, expansiva y abierta al futuro.<sup>6</sup>

Todo lo anterior da nueva vuelta al principio jurídico de la participación ciudadana, que entra así en escena, luego de la ruptura del Estado de bienestar. Y lo hace

---

<sup>5</sup> Sobre tal crisis de representatividad y su relación con la vigencia actual del principio de participación ciudadana y sus instrumentos, María Laura Eberhardt expresa lo siguiente: “Frente a la pérdida de credibilidad tanto de los gobernantes elegidos a través del voto popular como respecto del funcionamiento de los órganos representativos tradicionales, fueron los propios mandatarios quienes decidieron adoptar otros canales institucionales que habilitasen una mayor participación ciudadana en la discusión, acuerdo e implementación de las políticas públicas. El fin que perseguían era el de corresponsabilizar a los ciudadanos en tales decisiones y aumentar su nivel de aceptación y legitimidad en la sociedad” (“Democracias representativas en crisis. Democracia participativa y mecanismos de participación ciudadana como opción”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 17, núm. 33, 2015, p. 84. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/712>).

<sup>6</sup> Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia progresista y de avanzada de la Corte Constitucional de la República de Colombia, C-313 de 2014, que en sus partes pertinentes reza lo siguiente: “el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es *universal* en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es *expansivo* pues su dinámica, lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”.



como parte de un paquete de significativas transformaciones constitucionales y legales, que se introducen para la modernización del Estado westfaliano<sup>7</sup> en tránsito a la era global y para garantizar la gobernabilidad.<sup>8</sup>

De ese modo, el principio de participación ciudadana germina aceleradamente en las constituciones políticas, democráticas, republicanas y pluralistas, actualmente vigentes en buena parte de los modernos Estados occidentales.<sup>9</sup> Esto incluye a las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano,<sup>10</sup> desde la brasileña de 1988, hasta la dominicana con su enmienda de 2015, que se distinguen por proclamar el Estado social de derecho.

A consecuencia de lo anterior, dichos Estados han asumido lo que al mismo tiempo constituye un compromiso y un verdadero desafío: promover y garantizar la participación activa de sus ciudadanos en el ejercicio del poder político, la administración de la cosa pública y la representación y defensa de los intereses comunitarios.

Es de advertir que se trata de un compromiso adquirido por los Estados latinoamericanos no solo en el orden interno, con la constitucionalización del principio de participación ciudadana en la gestión pública y sus mecanismos, sino también en el plano internacional, con el reconocimiento de tal principio en instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, suscritos y ratificados por parte de las naciones de la región.

---

<sup>7</sup> Leonardo García utiliza esta expresión de Estado westfaliano para referirse al Estado perfectamente dividido entre fronteras cuyos países son soberanos y casi completamente independientes (“Escalas de justicia, de Nancy Fraser”, *Ámbito Jurídico*, núm. 16, 2018, p. 21).

<sup>8</sup> Entendida la gobernabilidad, con José Arias *et al.*, como la capacidad política para intermediar intereses entre la sociedad y el Estado (“La participación ciudadana en la implementación de las políticas educativas en Colombia”, *Cuadernos de Administración Universidad del Valle*, vol. 31, núm. 53, 2015).

<sup>9</sup> Sobre los orígenes de los Estados modernos occidentales durante el Renacimiento, y sobre sus atributos distintivos (monopolio de la fuerza legítima, territorio delimitado, población amalgamada por una identidad común, soberanía, orden jurídico exclusivo y uniforme aplicable a un gran territorio, burocracia pública, existencia de ejércitos permanentes y de una hacienda pública) puede consultarse Jaime Cárdenas, “Del Estado absoluto al Estado neoliberal”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2017). Pero los modernos Estados occidentales en su evolución han variado en sus contenidos y orientaciones, y actualmente se asientan, como lo observa José María Aznar, sobre la base de democracias sólidas, con instituciones competentes, con división de poderes, con constituciones que garantizan y defienden los derechos de sus ciudadanos (“América Latina: una agenda de libertad”, *GGC Georgetown University - Univesia*, vol. I, núm. 1, 2007, pp. 116-124).

<sup>10</sup> Bajo ese membrete se engloban los cambios constitucionales que tuvieron lugar desde los años ochenta y que abarcan a países como Brasil (1988), Costa Rica (1989), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009), entre otros, porque existen rasgos que son comunes a muchos de estos procesos constitucionales, y les confieren cierto aire de familia. Al respecto puede consultarse Pedro Salazar Ugarte, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en L. González y D. Valades (comps.), *Constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

En cuanto al ámbito interno, hay que decir que en la mayoría de las constituciones latinoamericanas contemporáneas la participación ciudadana se concibe, no solo como un principio normativo, sino también como un derecho<sup>11</sup> y un deber ciudadano,<sup>12</sup> y hasta como una forma de Gobierno<sup>13</sup> y un fin del Estado.<sup>14</sup>

Asimismo, como ya fue adelantado, en tales cartas constitucionales se encuentran previstos diversos instrumentos directos y semidirectos de deliberación, colaboración, consulta y control, diseñados para dar cumplimiento a los *desiderátum* de democracia participativa y participación ciudadana, conceptos que aun cuando suela confundírseles no tienen el mismo significado.<sup>15</sup> A tales instrumentos se les conoce como “mecanismos de participación ciudadana”.

En efecto, en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el propio constituyente ha diseñado e implementado estos mecanismos directos y semidirectos. En

---

<sup>11</sup> V. gr., el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se consagra el derecho ciudadano a la participación pública, así: “Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”.

<sup>12</sup> Luis Salamanca, refiriéndose a la carta magna venezolana de 1999, afirma que el Constituyente venezolano (por órgano de la Asamblea Nacional Constituyente), “redactó un texto permeado a todo lo largo por el principio de la participación ciudadana en la gestión pública, como derecho y como deber ciudadano” (Salamanca, *op. cit.*, p. 47).

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 11 de su Constitución Política, el Estado Plurinacional de Bolivia adopta para su Gobierno la forma democrática, participativa y representativa. Del mismo modo, en el artículo 1º de la carta magna colombiana se define a Colombia como “un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista”.

<sup>14</sup> En el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia de 1991, por citar un ejemplo, se incluye entre los fines esenciales del Estado, facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afecten.

<sup>15</sup> En la literatura sobre la materia se registran diversas propuestas de distinción entre la democracia participativa y la participación ciudadana. Entre tales propuestas merecen ser destacadas las siguientes: 1. La de Alfredo Ramírez cuando señala: “Desde estas líneas, sabiendo que es una propuesta entre otras posibles, se propone una diferenciación conceptual entre democracia participativa y participación ciudadana que haga girar la diferencia entre una y otra. En la primera, la participación de los ciudadanos implica la toma de decisiones (vinculantes o no; inicien el proceso legislativo o lo terminen); en la segunda, la participación de los ciudadanos no supone necesariamente la toma de decisiones (puede limitarse su ejecución al intercambio de información con el poder político por ejemplo)” (“Participación ciudadana e interpretación de la Constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. X, núm. 37, enero-junio 2016, p. 6). 2. La de Rodolfo Canto, al señalar: “Probablemente sea apropiado hablar de democracia participativa cuando se trata de modalidades que convocan a amplios conjuntos de ciudadanos o incluso a todos, como los referendos o los presupuestos participativos; pero tal vez sea menos apropiado cuando se trata de grupos acotados de ciudadanos; por ejemplo, las partes interesadas en algún asunto particular. Lo cierto es que, bajo el concepto de participación ciudadana se cobijan las más variadas prácticas de intervención de personas y de grupos en los asuntos públicos, desde la ciudadanía en su conjunto hasta las más selectas élites” (Canto, *op. cit.*, p. 8).

Colombia, por ejemplo, la Constitución Política de 1991 habilita los mecanismos de participación ciudadana en la norma contenida en el artículo 103.<sup>16</sup> Otros ejemplos son las normas contenidas en los artículos 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,<sup>17</sup> y 85<sup>18</sup> de la Constitución de la República de Ecuador, de 1998, contentivo de la garantía constitucional de las políticas públicas, los servicios públicos y la participación ciudadana.

En lo que respecta al plano internacional, el reconocimiento del principio de participación ciudadana se observa, entre otros, en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),<sup>19</sup> en los artículos 3 y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de

---

<sup>16</sup> Artículo 103 de la Constitución Política: “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La Ley los reglamentará.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

<sup>17</sup> Artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político; la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y solidaridad. La Ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”.

<sup>18</sup> Artículo 85 de la Constitución de la República de Ecuador: “La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.

<sup>19</sup> A la CADH también se le conoce como Pacto de San José, por haber sido suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. De dicha Convención son Estados parte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay. Venezuela la denunció en septiembre de 2012.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido también como Protocolo de San Salvador, y en el artículo 6° de la Carta Democrática Interamericana que, en concordancia con el artículo 2° *eiusdem*, conciben “la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo”, como un derecho y una responsabilidad.<sup>20</sup> Todas estas reglas forman parte del bloque de constitucionalidad en buena parte de los países del continente.

Dicho lo anterior, corresponde señalar ahora que ese elemento profundamente democrático que puede ser la participación, transmuta en una forma de legitimación del poder. Y es que al dar cumplimiento al mismo se construyen consensos alrededor de las decisiones que se asumen o que se desean asumir. Además, se fortalece la confianza de la sociedad en las instituciones y sus políticas públicas. Todo ello en el entendido de que, como fue señalado al comienzo, una decisión tiene mayores posibilidades de tratar con justicia a los afectados cuando estos participan de ella.

Con todo, como preclaramente lo alerta Asdrúbal Aguiar,<sup>21</sup> el Estado se debe cuidar de no hacer derivar la participación en trivial. Con ello se heriría de muerte a la democracia, o se retrocedería a estadios superados de democracia pura o de autogobierno del pueblo –sin existencia de intermediarios en la forma que caracteriza a las actuales democracias– como la que se practicaba en la Atenas de los siglos V y VI a. C., con su ya comentada propensión al faccionalismo y su proclividad hacia la tiranía.<sup>22</sup>

En este mismo sentido se pronuncia Luis Salamanca, al lanzar la siguiente advertencia:

[...] es sano el llamado permanente a participar, y a crear los mecanismos adecuados para que la participación pueda concretarse; pero, manejarla en forma demagógica e ilusoria es la peor manera de estimularla. En todo caso, lo que sí parece impensable en las condiciones de las sociedades multitudinarias de hoy en día, es el establecimiento de la participación erradicando la representación. Ello conduciría a la parálisis del Estado, y por consiguiente al caos. Más bien pareciera que sin representación de algún tipo la participación no tendría suficiente fundamento, toda vez que muchos asuntos públicos requieren representación así como participación.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Asdrúbal Aguiar, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Democracia 1987-2012*, Buenos Aires-Caracas, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30537.pdf>

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> Al respecto puede consultarse Simon Horblower, quien advertía que “cualquier discusión sobre la democracia ateniense ha de empezar definiendo rápidamente la palabra democracia: el demos votante era un grupo de élite, del que estaban excluidos los esclavos, las mujeres y los aliados” (*El mundo griego 479-323 AC*, Barcelona, Crítica, 1985, pp. 147-148).

<sup>23</sup> Salamanca, *op. cit.*, p. 53.

La tarea es más bien lograr el equilibrio entre la acción de gobierno y la participación democrática, para lograr estabilidad institucional y desarrollo social. O, lo que es lo mismo, gobernanza. Esfuerzo que el derecho constitucional contemporáneo necesariamente debe acompañar. Este punto se aborda a continuación.

## 2. Acción de gobierno, participación ciudadana y gobernabilidad

Como se señaló en el acápite anterior, al Estado se le presenta un reto de singular complejidad para lograr estabilidad institucional y desarrollo social. Dicho reto es el de alcanzar el equilibrio entre la acción de gobierno y la participación democrática. Pero esa no es una tarea fácil.<sup>24</sup> Ello, en buena medida, por la tensión siempre presente entre los instrumentos de la participación ciudadana y las instituciones del orden republicano-representativo de cuño liberal, que aquellos no deben sustituir sino complementar.<sup>25</sup> Y es que como se infiere de la Carta Democrática Interamericana, “la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía”.

Entonces resulta cardinal lograr la articulación de las formas clásicas del Gobierno representativo con los procedimientos y mecanismos de la participación pública. En tal articulación o consolidación de equilibrios institucionales es donde radica realmente el concepto de democracia participativa.<sup>26</sup>

El derecho constitucional debe acompañar esos esfuerzos de articulación, no bastándole con la sola constitucionalización del derecho a la participación ciudadana y sus mecanismos. Más aún cuando el fenómeno de la injerencia del *demos*

---

<sup>24</sup> Ángel Iglesias, “Gobernanzas y redes de acción pública”, *Cuarto Seminario Internacional sobre Gobierno y Políticas Públicas*, 2015. Disponible en: [www.sinaloa.gob.mx/nR/rdonlyres/054BB14-B81D-4D60-86345d35Ao81D4A7/o/AngelIglesias.pdf](http://www.sinaloa.gob.mx/nR/rdonlyres/054BB14-B81D-4D60-86345d35Ao81D4A7/o/AngelIglesias.pdf)

<sup>25</sup> En este sentido, Rodolfo Canto observa lo siguiente: “el carácter representativo de las democracias modernas se asume como imprescindible en los grandes espacios nacionales contemporáneos y hoy está fuera de duda o de discusión razonable. También quedan pocas dudas sobre las claras insuficiencias de la representación para asegurar la participación de los ciudadanos en muchos asuntos que les conciernen de manera directa. En este sentido, la democracia participativa se perfila como la alternativa imprescindible. Naturalmente, ambas formas de democracia son impensables sin la participación de la ciudadanía: a través del voto en el primer caso y a través de la activa participación ciudadana en los asuntos públicos, en el segundo caso. Por lo demás, existe un amplio consenso sobre el carácter complementario de ambos modelos” (Canto, *op. cit.*, p. 80).

<sup>26</sup> De hecho, Marie-Hélène Bacqué define a la democracia participativa como “la articulación de las formas clásicas del gobierno representativo con procedimientos de democracia semidirecta y directa” (“La democracia participativa: ¿un nuevo paradigma de la acción pública?”, en Manuel Canto Chac (comp.), *Participación ciudadana en las políticas públicas*, México, Siglo XXI, 2012, p. 7).

en los asuntos públicos toca una cuestión que es tan propia e inherente del derecho constitucional, como la cesión de competencias públicas a favor de la participación.

Así las cosas, se hace preciso la formulación e implementación de políticas que establezcan parámetros de control racionales –de monitoreo, fiscalización y frenos– al ejercicio por parte de los ciudadanos de las competencias estatales cedidas, configurando sus instituciones, marcos y contextos, reglas y procedimientos.

Lo anterior con miras a: i) garantizar gobernanza eficiente; ii) preservar la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones ciudadanas ejecutadas en uso de los poderes que por antonomasia corresponden a los órganos del Estado; y iii) el cumplimiento del parámetro de la vigencia, el respeto y la promoción de los derechos fundamentales.

No obstante, hay que advertir que estas políticas de racionalización (que no de disminución) del poder traspasado a quienes normalmente son los destinatarios del mismo y no sus detentadores, deben diseñarse e implantarse con suma prudencia y ponderación. Esto con la finalidad de que puedan cumplir con su cometido, pero sin desestimular, frustrar o inviabilizar las actitudes y las experiencias participativas populares que, por el contrario, y aun cuando parezca una dicotomía, tales políticas deben alentar, promover y facilitar. El ejercicio de hermenéutica constitucional tendría también que ser orientado bajo esa perspectiva.

Además, para lograr que los esfuerzos de articulación traigan como frutos gestión eficiente, inclusión social y mayor democracia, se requiere la formulación de una oferta de participación que sea amplia, abierta e inclusiva, en los términos que a continuación se desarrollan.

### **3. La oferta participativa amplia, abierta e inclusiva**

En el marco del Estado social de derecho que proclaman buena parte de las constituciones latinoamericanas, y que “hunde sus raíces en el principio de solidaridad social”, ha de procurarse un mayor involucramiento de los grupos menos favorecidos en la formulación, implementación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas. Esto en orden a garantizar tanto el goce efectivo de sus DESC como la ampliación de su realización. Lo último por virtud del principio de progresividad.<sup>27</sup>

Este fundamental desafío ha sido reconocido en el Preámbulo de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (CIPC):<sup>28</sup> “El mayor

---

<sup>27</sup> Principio consagrado en el artículo 26 de la CADH, y desarrollado con mayor precisión en el Protocolo Adicional de San Salvador.

<sup>28</sup> La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública fue aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Lisboa (Portugal), el 25 y 26 de junio de 2009. Fue adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Estoril (Portugal), los días 30 de noviembre y 1º de diciembre de 2009, y quedó plasmada en la Resolución 38 del “Plan de

desafío de la participación ciudadana en la gestión pública es impulsar su universalización para crear las condiciones que permitan que los sectores más vulnerables accedan a la participación ciudadana para la defensa y exigencia de sus derechos, estableciéndose como un medio para la transformación social”.

Para salir airoso de ese desafío, la oferta participativa debe extenderse no solo a las organizaciones de base asociativa como pueden serlo los movimientos sociales, las organizaciones de la sociedad civil o los sindicatos obreros o patronales, entre otros.<sup>29</sup> Ha de extenderse también a los ciudadanos de a pie, a los menos instruidos, a los no organizados. En fin, a quienes normalmente no cuentan con poder o recursos, y cuyos intereses suelen ser diferentes, contradictorios y hasta antagónicos, a los de las representaciones colectivas.

Con todo, es dable aclarar, que si bien se debe privilegiar la participación del ciudadano del común en los asuntos públicos, no por eso debe dejarse de incentivar, estimular y promover, bajo un enfoque pluralista, la de los diversos sujetos sociales y colectivos.

Y es que aun a riesgo de premiar las opiniones y los intereses de los grupos con más recursos para participar debe reconocerse que la participación, en sentido pluralista, fortalece a la sociedad civil, contribuye a la cohesión social y puede servir de muro de contención frente a los eventuales abusos del poder estatal. Además, las aspiraciones y los intereses específicos de estos actores sociales y colectivos, aun con sus muchas visiones exclusivamente particularistas, han de ser atendidos siempre que sean legítimos. Lo importante en el marco de un Estado social de derecho es evitar institucionalizar situaciones que restrinjan la participación equitativa de los ciudadanos en la vida política o social.

De lo que se trata entonces es de tomar partido por el enfoque democrático de la participación ciudadana en los asuntos públicos, pero teniendo siempre presentes los objetivos que se persiguen bajo los enfoques gerencial y pluralista de la misma. Y es que si bien, bajo un enfoque democrático de la participación, se persigue la redistribución del poder político hacia la ciudadanía por medio de mecanismos semidirectos y directos de democracia participativa, igualmente se busca introducir mejoras al proceso de políticas públicas, valiéndose para ello de las opiniones, las experiencias y los conocimientos de los ciudadanos, así como de sus organizaciones y asociaciones.

---

Acción de Lisboa”. No es vinculante jurídicamente y solo pretende ser un marco de referencia para los Estados iberoamericanos signatarios de la misma, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>29</sup> Por ejemplo, el artículo 103 de la Constitución Política de Colombia dispone que “el Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

De la misma manera, bajo ese contexto de participación amplia, abierta e inclusiva, ha de fomentarse, facilitarse y ejecutarse el fenómeno y las experiencias participativas, tanto en su fase de formulación, como en las de planificación, ejecución, seguimiento, evaluación y control, tal como lo dispone el artículo 12 de la CIPC. Y no solo circunscrita a lo político-electoral, donde sin duda es muy importante, sino extendida a todos los ámbitos de la vida en sociedad. Esto es, en lo familiar, lo económico, lo social, lo laboral, lo educativo, lo deportivo, lo recreativo, lo cultural, lo relacionado con el enfoque de género,<sup>30</sup> la salud,<sup>31</sup> la seguridad social,<sup>32</sup> el medio ambiente,<sup>33</sup> las obras y los servicios públicos,<sup>34</sup> la seguridad, el transporte, etc.

Finalmente, para la concreción de ofertas participativas verdaderamente amplias, abiertas e inclusivas, se requiere la conjunción de los siguientes factores: i) la generación de compromisos y condiciones institucionales por parte de los poderes públicos para la efectividad de la participación ciudadana; ii) una comunicación cercana, fluida y efectiva entre las autoridades y los ciudadanos, que aproveche las modernas soluciones tecnológicas; iii) un entramado social favorable a la participación. En el presente trabajo se asigna importancia mayúscula a estos tres factores y, por eso, a cada uno de ellos se le dedican a continuación algunas notas por separado.

---

<sup>30</sup> En el Preámbulo de la CIPC se declara que “resulta un compromiso fundamental la presencia del enfoque de género en los procesos de participación ciudadana”.

<sup>31</sup> La Organización Mundial de la Salud (OMS), en la “Estrategia mundial Salud para todos en el año 2000”, aprobada en la 34ª Asamblea Mundial de la Salud, elaboró el concepto de participación en los sistemas sanitarios, reiterando la importancia de la participación en los procesos de salud. Disponible en: [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/198289/WHA34\\_R36\\_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/198289/WHA34_R36_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

<sup>32</sup> La Ley 100 de 1993 en Colombia, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, establece como uno de los principios de tal sistema el de participación. Ello en estos términos: “Participación: es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto”.

<sup>33</sup> El artículo 79 de la Constitución Política de Colombia reza: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”. Con base, entre otras, en esta norma, un grupo de 25 niños y jóvenes entre los 7 y 25 años intentaron una acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia, con la que buscaban frenar la degradación del ambiente a causa de la deforestación de la selva amazónica. En la decisión que resolvió la tutela, la Corte ordenó a la Presidencia de la República y a otras autoridades, formular un plan de acción para contrarrestar la tasa de deforestación en la Amazonia colombiana, reconociéndola como entidad “sujeto de derecho” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia T-3460, de 5 de abril de 2018).

<sup>34</sup> El caso británico de la participación ciudadana en la evaluación de servicios públicos. Este mecanismo es una práctica habitual en muchos municipios británicos, que permite ir conociendo la valoración ciudadana sobre la prestación de dichos servicios. Al respecto puede consultarse Joan Font, “Participación ciudadana y decisiones públicas: conceptos, experiencias y metodologías”, en Alicia Ziccardi, (coord.), *Participación ciudadana y políticas sociales del ámbito local*, México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.



### 3.1. De la generación de compromisos serios, firmes y éticos, así como de condiciones institucionales por parte de los poderes públicos, para hacer efectiva la participación ciudadana en los asuntos públicos

Un primer punto importante en este contexto es advertir del peligro de la pseudo-participación. Esto es, que la participación ciudadana se convierta en una burda “manipulación” por parte de los gobernantes.<sup>35</sup> En un proceso vacío “que permita alegar a los detentores del poder que se escuchó a todas las partes [...] mientras toman decisiones que benefician solo a algunas de ellas”, normalmente a quienes forman parte de élites o poderes fácticos.<sup>36</sup>

La amenaza radica entonces, por decirlo de otro modo, en que los gobernantes, a los fines de revestir sus decisiones con aparente legitimidad y ganarse la confianza de la sociedad, se permitan escuchar a los ciudadanos, pero sin realmente tomar en cuenta sus puntos de vista a la hora de adoptar medidas.

Para combatir esa amenaza se requiere, por una parte, el compromiso serio, firme y ético de los poderes públicos, en sus distintos niveles y ramas, para diseñar e implementar eficazmente instancias y mecanismos de participación ciudadana, así como para su revisión constante en orden a adaptarlos, modificarlos, complementarlos o sustituirlos, cuando fuere necesario o conveniente, en función de los cambiantes contextos sociales. Obviamente, dentro de las limitaciones impuestas por los parámetros constitucionales.

Pero también se requiere el compromiso de los poderes públicos para generar condiciones institucionales que permitan derrumbar ciertas barreras que suman a la pseudoparticipación. La primera de tales barreras es la resistencia de las autoridades llamadas a ser las implementadoras, tanto del nivel central como de las entidades descentralizadas regional y localmente, a poner en práctica las políticas participativas, aun estando obligadas a ello.

Para Rodolfo Canto, esa resistencia pasa muchas veces por la desconfianza en el talento, la educación y las capacidades de los ciudadanos para “pensar lo público” e incidir de manera eficaz y positiva en la elaboración de las políticas gubernamentales. Tal desconfianza la atribuye el referido autor a una “visión elitista” de las políticas públicas, según la cual:

---

<sup>35</sup> Sherry Arnstein, “A ladder of citizen participation”, *Journal of the American Planning Association*, vol. 35, núm. 4, 1969, pp. 216-224.

<sup>36</sup> En esa misma sintonía, Alejandro Linares apunta lo siguiente: “Es preciso advertir que participar no garantiza tener poder de influencia en tanto que muchos pueden participar pero las decisiones pueden ser tomadas por unos pocos y en circunstancias opacas” (“Acceso y participación ciudadana. Una actualización de indicadores para la democratización de las comunicaciones”, *Intercom – RBCC*, São Paulo, vol. 39, núm. 33, 2016, p. 6).

[...] los ciudadanos ordinarios no han sido formados para afrontar los problemas públicos, no dedican tiempo a informarse y evaluar objetivamente a los responsables políticos y hacen gala de una inexperiencia que ellos criticarían con indignación si la vieran en su esfera profesional. La idea de que la democracia consiste en el poder del pueblo es por tanto peligrosa para la eficacia política, ya que permitiría que individuos no competentes tengan poder de decisión.<sup>37</sup>

Otras tantas veces, la resistencia a la participación ciudadana obedece a la falta de capacitación previa de los funcionarios para la intermediación y dinamización de los procesos de gestión relacionados con una participación amplia. Para corregir esa falencia se requieren iniciativas de educación, formación y sensibilización de los servidores públicos, lo que incluye asesoramiento técnico y apoyo logístico en la gestión de metodologías participativas. A tales fines, no solo el Estado, sino también la sociedad civil y la comunidad académica, pueden brindar mucho apoyo.

Una segunda barrera por superar, que no pasa desapercibida en los trabajos de investigación que miden la participación, es la de la “escasa cultura participativa” de la ciudadanía. La misma se encuentra cimentada, en buena parte, por la idea de los ciudadanos de que es mínimo su margen de actuación e influencia en la toma de decisiones, y que las mismas corresponden a otras personas.<sup>38</sup>

Para Alicia Ziccardi esto obedece, en buena medida, a

[...] una larga historia de formas de gobierno, burocráticas y autoritarias, que han generado desinterés y apatía, así como falta de credibilidad de la ciudadanía respecto a que su trabajo voluntario y su dedicación va a reeditar en mejoras a su comunidad, a su barrio, a su colonia y a la ciudad.<sup>39</sup>

Y, finalmente, están a la orden intereses estrechamente vinculados con la corrupción administrativa. Entre ellos, el ligado al freno que puede significar la participación ciudadana para prácticas de orden crematístico como el “clientelismo”, con su “tradicional intercambio de favores”. Para combatirlas se impone potenciar el ejercicio del control social, y que los entes y órganos públicos se sometan al mismo.

Un ejemplo paradigmático de una acción concreta de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción bien podría haber llegado a ser la consulta popular anticorrupción planteada en Colombia. A través de la misma se consultó a los ciudadanos de ese país siete preguntas que “a juicio de sus promotores, ayudarían

---

<sup>37</sup> Canto, *op. cit.*, p. 47.

<sup>38</sup> María Eugenia Gómez, *et al.*, “La participación ciudadana, la sanidad y la salud. Elementos para un debate informado”. Disponible en: <https://www.basesbiblioteca.uexternado.edu.co/2114/science/article/pii/S0213911116301248>

<sup>39</sup> Ziccardi, Alicia, “Los actores de la participación ciudadana”, *Revista del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México*, vol. 18, 1999, pp. 53-69.

a quitarle espacio a este flagelo”.<sup>40</sup> Sin embargo, ninguna de las preguntas alcanzó a superar el umbral de votos requeridos para su aprobación.<sup>41</sup>

### 3.2. De la comunicación efectiva

Ante el evidente grado de interdependencia que existe entre la participación y el acceso a la información,<sup>42</sup> el Estado debe preocuparse porque sus instituciones incrementen su transparencia y mejoren su comunicación. Uno de los motivos de la escasa cultura participativa de los ciudadanos radica en el desconocimiento y la falta de internalización sobre las posibilidades, las instancias y los instrumentos de participación que el marco jurídico les ofrece.

Como remedio a esa situación, el Estado debe habilitar canales institucionales y virtuales. Esto para que los ciudadanos puedan acceder a toda la información sobre las políticas participativas en particular, y las políticas públicas en general, así como para realizar las consultas que consideren necesarias.<sup>43</sup> De esa manera podrán plantear mejor sus reclamos, comprender más claramente los problemas que los afectan y conseguir adecuadas respuestas por parte de las instituciones.

Para dichos fines, el Estado cuenta en la actualidad con un aliado muy poderoso: las posibilidades tecnológicas de la moderna era digital. Se trata de un aliado tan

---

<sup>40</sup> *El Tiempo*, “Un clamor ciudadano”, 07 de junio de 2018, p. 1.12.

<sup>41</sup> La consulta popular anticorrupción, respaldada por 4.313.963 firmas ciudadanas que recogieron sus promotores, y que fue aprobada por el Senado de la República luego de fuertes presiones por parte de varios sectores de la opinión pública, las redes sociales y los jóvenes, se llevó a cabo el día 26 de agosto de 2018. Los puntos consultados a los ciudadanos colombianos fueron: 1) la reducción del salario de los miembros del Congreso; 2) el fin de los beneficios de los cuales, en materia de reclusión, actualmente gozan los condenados por corrupción; 3) la obligatoriedad de los pliegos tipo en todas las instancias público-administrativas; 4) la definición de las prioridades de inversión de los entes nacionales y territoriales por medio de audiencias públicas; 5) la obligatoriedad de rendición de cuentas por parte de los parlamentarios; 6) la posibilidad de imponer sanciones de extinción de dominio a quienes se apropien de recursos públicos; 7) limitar a tres el número de periodos para los que pueden ser elegidos los miembros de corporaciones públicas. Sin embargo, ninguna de estas preguntas alcanzó el umbral de los 12.140.342 (33,33%) votos requeridos y en consecuencia no fueron aprobadas.

<sup>42</sup> Pilar Moraga, “La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno”, *Derecho del Estado*, núm. 38, 2017, pp. 177-198. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.07>

<sup>43</sup> La información pública es un derecho humano fundamental, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sobre dicho artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) explica lo siguiente: “el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir información, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control de Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención [...] dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla”.

potente, que incluso algunos autores han observado que las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías permitirían el renacimiento de la democracia directa al más puro estilo de la ejercida en la *polis* ateniense. Así, han hecho afirmaciones como esta:

Tanto Madisón en *el Federalista* como Rousseau en *El contrato social* afirman que una democracia pura solo es posible en un Estado pequeño donde todos los ciudadanos se pueden reunir con facilidad para deliberar acerca de los asuntos públicos. En la era digital, sin embargo, han desaparecido en gran medida los obstáculos físicos que hacían que, en términos prácticos, una democracia pura fuera impensable hace unos siglos.

Hoy la democracia directa es factible por primera vez desde que la monarquía macedonia aplastó a la Atenas de Demóstenes. Han surgido plataformas, por ejemplo, que le permiten a un parlamentario determinar cada uno de sus votos según las preferencias de una mayoría de sus usuarios. El corolario es que la justificación logística del sistema de representación que hoy practicamos en parlamentos, congresos y senados es tecnológicamente obsoleta. [...]

Invocando el espíritu de la democracia ateniense, William F. Buckley famosamente declaró que prefería ser gobernado por los primeros dos mil nombres del directorio telefónico de Boston que por los dos mil miembros de la Facultad de la Universidad de Harvard. Teniendo en cuenta las posibilidades digitales de hoy, puede ser enriquecedor considerar seriamente la propuesta.<sup>44</sup>

Sin llegar a extremos no compartidos, es indudable que el Estado debe empezar a usar el *big data*, el internet de las cosas (IoT), y valerse de la multicanalidad<sup>45</sup> y de todas las tecnologías de información y comunicación modernas –los de la era digital, redes sociales y comunidades en línea– para construir puentes y desarrollar canales de comunicación que le permitan acercarse a sus ciudadanos de una forma más abierta, coherente, transparente y responsable.<sup>46</sup>

Lo anterior a fin de suministrarles información clara, precisa y de interés; consultarlos con frecuencia y escuchar todas las posturas. De esa manera se ganan espacios para un fecundo diálogo democrático, fluido y libre entre la gente del común y sus funcionarios, sobre los problemas y sus posibles soluciones, lo que facilita la construcción de los consensos necesarios y la participación ciudadana. Ya decía Paulo

---

<sup>44</sup> Daniel Raisbeck, “La democracia actual es oligárquica: hay que reconsiderar la ateniense”, *Ámbito Jurídico*, 21 de mayo al 03 de junio de 2018, p. 21.

<sup>45</sup> Este término hace referencia a los diversos espacios comunicacionales: servicios audiovisuales, de banda ancha y de comunicación telefónica fija o móvil de calidad.

<sup>46</sup> Sobre la importancia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para la participación ciudadana, puede consultarse a Abelardo del Prado, “Gobierno abierto para una democracia robusta”, *Revista Utopías*, núm. 23, 2017, pp. 1-8. Disponible en: [www.pcient.uner.edu.ar/index.php/utopias/article/download/.../289](http://www.pcient.uner.edu.ar/index.php/utopias/article/download/.../289)

Freire, que el diálogo constituía una forma de encuentro con los otros y de insertarse en la realidad para conocerla y transformarla mejor, para actuar sobre ella.<sup>47</sup>

Por otra parte, en el caso particular de los sectores sociales más débiles, es determinante poder contar con información relevante de carácter técnico en el momento de trazar las políticas públicas encaminadas a canalizar, dar respuesta o ampliar sus DESC. Además, como certeramente se establece en el artículo 22 literal e) de la CIPC, “se deben prever mecanismos de participación especiales para incluir a todo ciudadano que por su lengua, condición social y cultural, discapacidad, ubicación geográfica u otras causas, tenga dificultades para comunicarse con la Administración”.

### 3.3. Del entramado social favorable

Es necesario sensibilizar políticamente a la sociedad sobre los retos de la incidencia ciudadana en los asuntos públicos. Hay que hacerle entender que ella misma tiene que forjar ciudadanía activa y protagónica.

Lo anterior pasa por superar su “escasa cultura participativa”,<sup>48</sup> para que los ciudadanos se asuman, de una vez por todas, como actores centrales y no como meros espectadores del proceso de elaboración e implementación de las políticas públicas.

En este orden de ideas, corresponde decir ahora que la sociedad civil organizada, a través de los grupos de presión, de la opinión pública y del derecho –como fenómeno estrictamente ligado a ella– debe promover la organización social de los grupos menos favorecidos e impulsar su mayor vinculación con instancias de participación. Esto no solamente en acatamiento de los mandatos de corresponsabilidad social<sup>49</sup> y de solidaridad,<sup>50</sup> bajo el principio del más fuerte hacia el más débil, sino también por razones de estabilidad política y social. Además, como claramente se encuentra

<sup>47</sup> Paulo Freire, *Pedagogía del oprimido*, Madrid, Siglo XXI, 1975.

<sup>48</sup> El de la escasa cultura participativa de la ciudadanía es ciertamente un aspecto que no pasa desapercibido en los trabajos de investigación que miden la participación. La misma se encuentra cimentada, en buena parte, por la idea de los ciudadanos, de que es mínimo su margen de actuación e influencia en la toma de decisiones y que las mismas corresponden a otras personas ((María Eugenia Gómez *et al.*, “Análisis de las buenas prácticas de participación ciudadana en las unidades de gestión clínica del Servicio Andaluz de Salud”, 2017. Disponible en: <https://www.http://eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=4&sid=f879f75a-c85c-4c32-80e8-8222fof62a34%40sessionmgr104&bdata=JmxhbmcyZXMmc2loZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=So21391116301248&db=edselp>). ).

<sup>49</sup> Sobre este principio se puede leer lo siguiente en el Preámbulo de la CIPC: “La Participación Ciudadana se tiene que orientar por el principio de corresponsabilidad social, por el cual los ciudadanos y las ciudadanas, individualmente o agrupados en colectivos, tienen que contribuir al bien común o interés general de la sociedad. En tal sentido, debería entenderse la correlación existente entre los derechos y deberes que conlleva el ejercicio efectivo de la ciudadanía para el fortalecimiento de la democracia participativa”.

<sup>50</sup> Que a la luz del artículo 93, numeral 2 del inciso 2°, de la Constitución Política de la República de Colombia, es un deber social.

dispuesto en el artículo 32.1 de la CADH, “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

Particularmente, la sociedad civil debe trabajar en la concientización y sensibilización sobre el valor del elemento humano, con sus actitudes y capacidades, presente en los sectores vulnerables. Y también en la promoción del empoderamiento de estos grupos, entendido por tal el poder de incidir efectivamente en la toma de las decisiones. Esto en orden a su movilización constante y al uso de los mecanismos participativos, en pro de la consecución de condiciones materiales de existencia que aseguren una vida digna y justa a sus integrantes. En palabras de la Corte Constitucional de la República de Colombia, para “vivir como quiera”, para “vivir bien” y para “vivir sin humillaciones”.<sup>51</sup>

No obstante esa responsabilidad indisociable, que obliga al Estado y a la sociedad civil a trazar líneas de colaboración a través del diálogo democrático, en una especie de “*public-private partnership*”,<sup>52</sup> el derecho constitucional debe seguir pendiente de continuar imputando al Estado los resultados de la realización de los DESC de los sectores sociales más vulnerables.

Y es que el Estado es responsable de la garantía y el respeto de los DESC de los sectores más desfavorecidos, y de hacer lo necesario para llevar a cabo su cumplimiento. A ello se comprometió desde el mismo momento en que se asumió como “social de derecho”, siendo, como lo es, “una característica esencial e ineludible de tal tipo de Estado, velar por la materialización de los derechos reconocidos”.<sup>53</sup> Además, se trata de un compromiso ineludible e inaplazable para los Estados que son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (1966) y el Protocolo de San Salvador (1988).<sup>54</sup>

## Reflexiones finales

La democratización de la gestión pública a través de la participación amplia, abierta e inclusiva de los ciudadanos constituye un desafío para la gobernabilidad y la

---

<sup>51</sup> En efecto, la máxima guardiana de la carta magna colombiana ha empleado esas ilustrativas expresiones al referirse al concepto de la dignidad humana: “la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciados: i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital o de determinarse según sus características (vivir como quiera). ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y iii) La dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones) (Sentencia T-881 de 2002).

<sup>52</sup> José Gómes Canothilo, *Estudios Brancosos e Intersconstitucionalidade Itinerarios dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008.

<sup>53</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-313/2014.

<sup>54</sup> En efecto, los Estados americanos se comprometieron a proteger estos derechos de índole social, a través del Protocolo de San Salvador de 1988.

eficacia de la acción de gobierno. Frente a ello, la buena noticia es que existen ejemplos exitosos en el mundo de como tal forma de incidencia ciudadana en la formulación de las políticas públicas, así como en la ejecución, control y evaluación de estas, confiere legitimidad al gobierno; promueve la cultura democrática; hace más eficaz la decisión y gestión pública; y favorece la inclusión de los sectores sociales más vulnerables, en orden a asegurar el adecuado reconocimiento de sus DESC.

Entre tales ejemplos, la doctrina autorizada cita los siguientes: los consejos vecinales de gobierno de Chicago; las reformas de Panchayat y de los estados de Bengala Occidental y Kerala, en India; las formas de planeación para la conservación del hábitat en los Estados Unidos; y entre los más emblemático, los presupuestos participativos de Porto Alegre.<sup>55</sup>

Con todo, como se advirtió, hay que cuidar que esa redistribución del poder político hacia la ciudadanía, por medio de mecanismos semidirectos y directos de democracia participativa, no degeneren en trivial y conduzca a estadios ampliamente superados de democracia directa o autogobierno, con su tendencia al faccionalismo y a la tiranía, o a la parálisis del Estado.

De allí que haya que agotar esfuerzos –que el derecho constitucional debe acompañar– para lograr el necesario equilibrio entre representación y participación; o, lo que es lo mismo, entre la acción de gobierno y la injerencia ciudadana en la dimensión decisorio-deliberativa de las políticas públicas, de manera que arroje como resultados estabilidad institucional y desarrollo social.

Se requiere además, para que así ocurra, un dinámico y fluido proceso de comunicación bidireccional entre la gente del común y sus funcionarios, sobre todo los más cercanos, que utilice las soluciones tecnológicas actuales y se caracterice por ser abierto y transparente; así como un entramado social favorable a la participación.

Finalmente, se recalca la importancia de que el Estado actúe en sinergia con la sociedad civil y sus fuerzas organizadas, en una especie de *public-private partnership*, en la empresa de hacer efectivos los DESC de los grupos menos favorecidos, lo que propende hacia la consecución real y efectiva de la inclusión y la igualdad social.

## Bibliografía

AGUIAR, Asdrúbal, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Democracia 1987-2012*, Buenos Aires-Caracas, Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2012. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30537.pdf>

ARIAS, José, *et al.*, “La participación ciudadana en la implementación de las políticas educativas en Colombia”, *Cuadernos de Administración Universidad del Valle*, vol. 31, núm. 53, 2015.

---

<sup>55</sup> Canto, *op. cit.*

- ARNSTEIN, Sherry, "A ladder of citizen participation", *Journal of the American Planning Association*, vol. 35, núm. 4, 1969, pp. 216-224.
- AZNAR, Jose María, "América Latina: una agenda de libertad", *GGC Georgetown University - Universia*, vol. I, núm. 1, 2007, pp. 116-124.
- BACQUÉ, Marie-Hélène *et al.*, "La democracia participativa: ¿un nuevo paradigma de la acción pública?", en Manuel CANTO CHAC (comp.), *Participación ciudadana en las políticas públicas*, México, Siglo XXI, 2012, pp. 130 y 131.
- CANTO, Rodolfo, "Gobernanza y democracia: de vuelta al río turbio de la política", *Gestión y Política Pública*, vol. 21, núm. 2, 2012. Disponible en: [http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num\\_anteriores/Vol.XXI\\_No.II/02\\_Rodolfo\\_Canto\(333-374\).pdf](http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XXI_No.II/02_Rodolfo_Canto(333-374).pdf)
- CÁRDENAS, Jaime, "Del Estado absoluto al Estado neoliberal", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2017.
- CARTA IBEROAMERICANA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA GESTIÓN PÚBLICA. Disponible en: [http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta\\_iberamericana\\_de\\_participaci%C3%B3n\\_ciudadana.pdf](http://observatorioserviciospublicos.gob.do/baselegal/carta_iberamericana_de_participaci%C3%B3n_ciudadana.pdf)
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *Estudio económico de América Latina y el Caribe, 2016 (LC/G.2684-P)*, Santiago, Cepal, 2016.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, núm. 5.453 (Extraordinario), marzo 24 de 2000.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Gaceta Constitucional*, núm. 127, octubre 10 de 1991.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR, *Registro Oficial 449*, octubre 29 de 2008.
- DEL PRADO, Abelardo, "Gobierno abierto para una democracia robusta", *Revista Utopías*, núm. 23, 2017, pp. 1-8.
- EBERHARDT, María Laura, "Democracias representativas en crisis. Democracia participativa y mecanismos de participación ciudadana como opción", *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 17, núm. 33, 2015. Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/712>
- EL TIEMPO, "Un clamor ciudadano", 07 de junio de 2018, p. 1.12.
- FONT, Joan, "Participación ciudadana y decisiones públicas: conceptos, experiencias y metodologías", en Alicia ZICCARDI, (coord.), *Participación ciudadana y políticas sociales del ámbito local*, México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogía del oprimido*, Madrid, Siglo XXI, 1975.
- GARCÍA, Leonardo, "Escalas de justicia, de Nancy Fraser", *Ámbito Jurídico*, núm. 16, 2018.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, M. Eugenia, *et al.*, "Análisis de las buenas prácticas de participación ciudadana en las unidades de gestión clínica del Servicio Andaluz de



- Salud”, 2017. Disponible en: <https://www.eds.b.ebscohost.com/eds/detail/detail?vid=4&sid=f879f75a-c85c-4c32-80e8-8222fof62a34%40sessionmgr104&bdata=Jmxhbm9ZXMmc2loZT1lZHMtbGl2ZQ%3d%3d#AN=So21391116301248&db=edselp>
- GOMES CANOTHILLO, José, *Estudios Brancosos e Interconstitucionalidade Itinerarios dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- HORBLOWER, Simon, *El mundo griego 479-323 AC*, Barcelona, Crítica, 1985.
- IGLESIAS, Ángel, “Gobernanzas y redes de acción pública”, *Cuarto Seminario Internacional sobre Gobierno y Políticas Públicas*. Disponible en: [www.sinaloa.gob.mx/nR/rdonlyres/054BB14-B81D-4D60-86345d35A081D4A7/o/AngelIglesias.pdf](http://www.sinaloa.gob.mx/nR/rdonlyres/054BB14-B81D-4D60-86345d35A081D4A7/o/AngelIglesias.pdf)
- LINARES, Alejandro, “Acceso y participación ciudadana. Una actualización de indicadores para la democratización de las comunicaciones”, *Intercom – RBCC*, São Paulo, vol. 39, núm. 33, 2016, pp. 37-54.
- MORAGA, Pilar, “La definición de nuevos estándares en materia de participación ciudadana en el sistema de evaluación de impacto ambiental chileno”, *Derecho del Estado*, núm. 38, 2017, pp. 177-198. Disponible en: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.07>
- RAISBECK, Daniel, “La democracia actual es oligárquica: hay que reconsiderar la ateniense”, *Ámbito Jurídico*, 21 de mayo al 03 de junio de 2018.
- RAMÍREZ, Alfredo, “Participación ciudadana e interpretación de la Constitución. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de democracia participativa”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. X, núm. 37, enero-junio 2016, pp. 171-192.
- ROBERTSON, Erwin, “¿Fue la democracia ateniense una democracia directa?”, *Tercer Congreso Internacional de Estudios Griegos: Grecia y nuestro futuro*, Santiago, Iter, 2013.
- SALAMANCA, Luis, “La Constitución de 1999 y la participación de la sociedad civil en el Poder Legislativo”, Coromoto RENAUD (coord.), *La participación de la sociedad civil en la Constitución de 1999*, Caracas, ILDIS, 2002.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en L. GONZÁLEZ y D. VALADES (comps.), *Constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- SAMONS II, Loren J., *Whats Wrong with Democracy? From Athenian Practice to American Worship*, Berkeley, University of California Press, 2004.
- ZICCARDI, Alicia, “Los actores de la participación ciudadana”, *Revista del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México*, vol. 18, 1999, pp. 53-69.

Carlos Bernal\* (Colombia)

## ¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional?\*\*, \*\*\*

### RESUMEN

Este documento evalúa la manera como la colaboración constitucional abierta\*\*\*\* puede fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional. Esta colaboración genera oportunidades y desafíos; abre posibilidades para la participación de individuos y grupos excluidos de la deliberación, y para la expresión de preferencias políticas y la toma de decisiones; asimismo, puede aumentar la autonomía, la igualdad y la transparencia. Sin embargo, estas estrategias crean el desafío de establecer restricciones que permitan garantizar una participación significativa, a fin de incrementar la legitimidad en los procesos de construcción constitucional.

**Palabras clave:** construcción constitucional, colaboración jurídica abierta, legitimidad democrática.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag untersucht, inwiefern die partizipative Verfassungsgebung (engl. constitutional crowdsourcing) die Legitimität der Verfassungsgestaltungsprozesse stärken

---

\* Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.  
carloslb@cor-teconstitucional.gov.co

\*\* Este artículo fue traducido por María Fernanda Barraza, asistente judicial de la Corte Constitucional de Colombia y profesora de la Universidad Externado de Colombia. El texto original en inglés será publicado en Hanna Lerner y David Landau, *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, Edward Elgar, en prensa.

\*\*\* *N. del T.* En este artículo, la expresión *constitution-making* se traduce como “construcción constitucional”. En inglés, este concepto describe los procesos de creación constitucional *ex nihilo* (por ejemplo, aquellos que ocurren cuando se funda un nuevo Estado) y de reemplazo constitucional, es decir, el proceso mediante el cual finaliza la validez de una constitución con la expedición de una nueva.

\*\*\*\* *N. del T.* En este artículo, la expresión *constitutional crowdsourcing* se traduce como “colaboración constitucional abierta”.

könnte. Eine solche Mitwirkung ist mit Chancen und Herausforderungen verbunden; sie eröffnet Möglichkeiten zur Mitwirkung von Einzelpersonen und Gruppen, die von den Beratungen ausgeschlossen sind, aber auch zur Bekundung von politischen Präferenzen und bei der Entscheidungsfindung; und sie kann einen Beitrag zu mehr Autonomie, Gleichheit und Transparenz leisten. Mit diesen Strategien ist allerdings die Herausforderung verbunden, bestimmte Einschränkungen vorzunehmen, um eine aussagekräftige Partizipation sicherzustellen und so die Legitimität der Verfassungsgestaltung zu stärken.

**Schlagwörter:** Verfassungsgestaltung, partizipative Gesetzgebung, demokratische Legitimität.

## ABSTRACT

This paper assesses how constitutional crowdsourcing can enhance legitimacy in processes of constitution-making and amending in stable democracies. Constitutional crowdsourcing gives rise to opportunities and challenges. It opens up fresh possibilities for participation by individuals and groups previously excluded from constitution-making deliberation, expression of political preferences, and decisions. It may also increase autonomy, equality, and transparency. However, at the same time, these kinds of strategies create the challenge of establishing constraints for securing these possibilities and ensuring that the relevant agents engage in a meaningful way. Legitimacy qua justifiability about constitution-making processes depends on overcoming this challenge.

**Key words:** Constitution-making, Crowd-law, Democratic Legitimacy.

## 1. Experiencias de colaboración constitucional abierta

Durante el verano y el otoño de 2011, los miembros del Consejo Constitucional de Islandia publicaron, de manera consecutiva, doce proyectos de constitución en una página de internet y en Facebook. Se recibieron más de 16.000 sugerencias por medio de correos electrónicos y en redes sociales. Los miembros del Consejo respondieron a algunos de ellos y, de forma consecuente, actualizaron los borradores de los proyectos de constitución.<sup>1</sup> La versión final reflejó las preferencias incluidas en las sugerencias enviadas por los ciudadanos con respecto a la forma y al contenido del texto constitucional, así como novedades, por ejemplo, la relacionada con la tipificación de un derecho fundamental a internet.<sup>2</sup> A pesar de que esta versión fue sometida a un referendo no vinculante, que obtuvo la aprobación de más de dos tercios de los votantes, el Parlamento nunca adoptó el proyecto resultante.

---

<sup>1</sup> Hélène Landemore, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 2, núm. 23, 2015, p. 174.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 176.

La publicación en línea de los borradores fue una iniciativa espontánea para involucrar a las personas en el proceso de redacción del texto constitucional. Este es un caso especial de colaboración abierta, que denominaré colaboración constitucional abierta.

De manera similar, poco después de la experiencia islandesa, y aprovechando el activismo popular mediante el uso de las redes sociales durante la revolución de 2011,<sup>3</sup> la Asamblea Constituyente egipcia diseñó un mecanismo de colaboración constitucional abierta. Para ello creó un sitio web en el que las personas podían revisar el borrador del texto constitucional, aportar sugerencias y votar por distintas propuestas. Más de 68.000 personas participaron en el foro en línea y suscribieron más de 650.000 votos y sugerencias.<sup>4</sup> La evidencia empírica apunta a que el proyecto final incorporó las propuestas con mayor aprobación pública.<sup>5</sup>

Algo similar había sucedido algunos años antes en Kenia, en donde el 17 de noviembre de 2009, tras publicar el proyecto de constitución, el Comité de Expertos creó una página de Facebook y una sala de chat con el propósito de recibir comentarios y retroalimentación por parte de la ciudadanía. Todos los ciudadanos podían enviar propuestas y enmiendas a los miembros del Parlamento durante 30 días. El Parlamento revisó el borrador final y lo envió al Comité de Expertos que, tras revisarlo, presentó el proyecto final del texto constitucional al Parlamento. Después de su aprobación, este fue refrendado por medio de un referendo celebrado el 4 de agosto de 2010.<sup>6</sup>

Por su parte, la Convención Constitucional de Irlanda (2012-2014), constituida mediante la selección aleatoria de un grupo de ciudadanos, fue integrada para redactar varias propuestas de reforma constitucional.<sup>7</sup> Después de llevar a cabo una convocatoria abierta a los ciudadanos irlandeses, incluidos los que vivían en el extranjero, la Convención recibió miles de sugerencias y comentarios respecto de sus propuestas por medio de un sitio web, Facebook, YouTube y Twitter.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> Nahed Eltantawy y Julie B. Wiest, "Social Media in the Egyptian Revolution: Reconsidering Resource Mobilization Theory", *International Journal of Communication*, núm. 5, 2011, pp. 1207-1224.

<sup>4</sup> Tofigh Maboudi y Ghazal P. Nadi, "Crowdsourcing the Egyptian Constitution: Social Media, Elites, and the Populace", *Political Research Quarterly*, vol. 4, núm. 69, 2016, p. 717.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> John Mukuna y Melvin L. M. Mba, "'We the people': On Popular Participation and the Making of the 2010 Constitution of Kenya", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 5, núm. 20, 2014, p. 91; Jason Gluck y Brendan Ballou, "New Technologies in Constitution Making", Washington, United States Institute of Peace, 2014. Disponible en: [https://www.usip.org/sites/default/files/SR343\\_New-Technologies-for-Constitution-Making.pdf](https://www.usip.org/sites/default/files/SR343_New-Technologies-for-Constitution-Making.pdf)

<sup>7</sup> Eoin Carolan, "Ireland's Constitutional Convention: Behind the Hype of Citizen-Led Constitutional Change", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 13, 2015, pp. 733-748.

<sup>8</sup> Silvia Suteu, "Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland", *Boston College International & Comparative Law Review*, núm. 38, 2015, p. 267.

Por último, el actual proceso de reemplazo constitucional chileno también incluye una estrategia organizada de colaboración abierta. La promulgación de una nueva constitución fue un tema importante en la campaña presidencial de 2013.<sup>9</sup> Por ello, el 13 de octubre de 2015, la entonces presidenta Michelle Bachelet anunció un itinerario para reemplazar la Constitución de 1980, que de muchas maneras todavía vincula al país con la dictadura de Pinochet. Bachelet caracterizó este proceso como “abierto a la ciudadanía”.<sup>10</sup> El proceso abarcó una participación ciudadana en tres etapas: el “encuentro”, la “deliberación” y la “soberanía”.<sup>11</sup>

Durante el “encuentro”, los ciudadanos podían enviar sus sugerencias para el proyecto de constitución mediante la respuesta a cinco preguntas (cuatro cerradas y una abierta) en un formulario en línea. Las preguntas cerradas fueron: ¿Qué valores y principios deberían inspirar la constitución? ¿Qué derechos debería fortalecer la constitución? ¿Qué deberes y responsabilidades debería asignar la constitución a todos? y ¿Qué instituciones debería establecer la constitución? Para responder estas preguntas, las personas podían elegir entre varios conceptos dados o, también, introducir conceptos propios. La pregunta abierta alentó a los participantes a expresar sus ideas, sus sugerencias y su visión para las próximas generaciones.

Esta etapa tuvo lugar entre el 23 de abril y el 6 de agosto de 2016, y también comprendió algunas actividades *offline*. Estas actividades comprendieron reuniones locales con grupos pequeños (8.113), reuniones provinciales masivas (71) y reuniones regionales (15). Las reuniones fueron programadas y publicitadas en una plataforma en línea [[www.unaconstitucionparachile.cl](http://www.unaconstitucionparachile.cl)]. Estas se desarrollaron con una metodología especial, diseñada para fomentar la deliberación sobre cuestiones constitucionales capitales y para llevar un registro sobre los acuerdos y desacuerdos existentes entre los participantes. Las actas de las reuniones aún están disponibles en línea. Asimismo, se creó un Consejo de Observadores Ciudadanos, que estuvo a cargo de supervisar la transparencia del proceso participativo.

El “encuentro” estuvo precedido de una campaña pedagógica (diciembre de 2015 a marzo de 2016), en la que se proporcionó a los ciudadanos información sobre conceptos constitucionales básicos.<sup>12</sup> Los ciudadanos publicaron 90.804 propuestas. A diferencia de la experiencia islandesa, en la que cualquiera podía publicar comentarios, este proceso exigía que los participantes suministraran un número de identificación chilena en el momento de diligenciar el formulario en línea. Sin embargo, no se implementó ninguna medida que garantizara que la persona que respondía el formulario fuese la misma a quien pertenecía el número de identificación suministrado.

---

<sup>9</sup> Alberto Coddou Mc Manus y Pablo Contreras, “Nueva Constitución y Asamblea Constituyente. La experiencia de ‘Marca tu voto’”, *Anuario de derecho público UDP*, 2014, p. 121.

<sup>10</sup> Disponible en: <https://www.unaconstitucionparachile.cl>

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> Disponible en: [www.constitucionario.cl](http://www.constitucionario.cl)

En enero de 2017, un Consejo de Observadores Ciudadanos entregó al presidente los resultados sistematizados del “encuentro”, en un informe titulado *Bases ciudadanas*.<sup>13</sup> El presidente debe usar este informe como insumo para preparar el borrador del proyecto de Constitución,<sup>14</sup> que tiene que presentar al Congreso en funciones este año. Dado que la Constitución chilena actual no prevé un mecanismo para el reemplazo de la constitución, el Congreso en ejercicio no deliberará sobre el borrador, sino que modificará las normas sobre reforma constitucional. Así, el próximo Congreso elegido para el periodo 2018-2022 será el competente para adoptar un mecanismo para el reemplazo constitucional. Hay cuatro alternativas posibles: i) que el próximo Congreso reemplace la constitución; ii) que se convoque a una Asamblea Constituyente integrada por miembros del Congreso y ciudadanos; iii) que se convoque a una Asamblea Constituyente integrada solo por ciudadanos; o iv) que se convoque un plebiscito que permita a las personas elegir entre una de las tres posibilidades anteriores. Las opciones ii, iii y iv son formas de participación popular comprendidas en la etapa de la “deliberación”. Finalmente, después de que la institución competente delibere y promulgue la nueva constitución, el pueblo la refrendará por medio de un plebiscito. Esta forma de participación popular se llama “soberanía”.

Si bien estos procesos son ejemplos provenientes de países pioneros que han utilizado plataformas en línea para promover la participación ciudadana en procesos de construcción y de reforma constitucional, no han sido los primeros en impulsar la participación masiva de ciudadanos en la redacción del texto constitucional. Por ejemplo, la Asamblea Constituyente brasileña consideró 122 reformas populares, algunas de ellas respaldadas por más de un millón de ciudadanos, y más de 60.000 sugerencias para redactar la Constitución brasileña de 1988.<sup>15</sup> De manera similar, el proceso que condujo a la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991 abarcó una etapa deliberativa de dos meses (del 16 de septiembre al 15 de noviembre de 1990), en la que los ciudadanos se unieron en grupos de trabajo, donde expresaron sus opiniones sobre las reformas institucionales que la Asamblea Constituyente debía implementar.<sup>16</sup> De esta manera, se presentaron 100.569 propuestas a 1.580 grupos de trabajo. Comisiones preparatorias compuestas por expertos sistematizaron las propuestas,<sup>17</sup> atinentes a una variedad de temas establecidos

<sup>13</sup> Disponible en: <https://www.unaconstitucionparachile.cl/#bases-ciudadanas>.

<sup>14</sup> Disponible en: <http://www.gob.cl/2015/10/13/infografia-conoce-las-etapas-del-proceso-constituyente/>

<sup>15</sup> Keith S. Rosenn, “Conflict Resolution and Constitutionalism. The Making of the Brazilian Constitution of 1988”, en Laurel E. Miller y Louis Aucoin (eds.), *Framing the State in Times of Transition*, Washington, United States Institute of Peace, 2010, p. 445.

<sup>16</sup> Manuel José Cepeda Espinosa y David Landau, *Colombian Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 6.

<sup>17</sup> Carolina Jiménez Martín, “Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa”, *Análisis Político*, núm. 18, 2006, p. 146.

de antemano por el Gobierno. La Asamblea Constituyente incluyó muchas de las propuestas ciudadanas en el texto constitucional definitivo. Por último, tras lanzar una invitación abierta, la Asamblea Constituyente de Sudáfrica recibió más de dos millones de propuestas del público para la redacción de la Constitución de 1996.<sup>18</sup> Estos procesos de redacción de las constituciones de Brasil, Colombia y Sudáfrica expandieron la participación popular a un área que tradicionalmente se reservaba solo a las autoridades políticas.<sup>19</sup>

Los procesos de construcción constitucional de Islandia, Egipto, Kenia, Irlanda y Chile son ejemplos innovadores que permiten la participación de los ciudadanos en la redacción del texto constitucional por medio de actividades en línea.<sup>20</sup> Me referiré a esta estrategia como redacción colaborativa constitucional.<sup>21</sup> Esta es una expresión de aquello que Manuel Castells ha denominado la “sociedad red”, es decir, una sociedad cuya estructura social está compuesta por redes impulsadas por tecnologías de la información y la comunicación basadas en microelectrónica.<sup>22</sup> En los gobiernos que se caracterizan por la “influencia generalizada de tecnologías electrónicas, informáticas y de telecomunicaciones en la mentalidad y estilo de vida de las personas”,<sup>23</sup> el incremento en el uso de estrategias de colaboración abierta para la creación de constituciones es altamente previsible. Como observó Saunders respecto del experimento islandés, “es probable que este no sea el último caso de colaboración abierta como técnica de construcción constitucional en el siglo XXI”.<sup>24</sup>

Sin embargo, esta es un área de la teoría constitucional muy poco explorada. Este artículo tiene como objetivo llenar este vacío y servir de guía para el diseño futuro de procesos de redacción colaborativa constitucional. En contraste con la oleada de

---

<sup>18</sup> Hassen Ebrahim, *The Soul of a Nation-Constitution-Making in South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 248 y ss.

<sup>19</sup> Claude Klein y Andrés Sajó, “Constitution-Making: Process and Substance”, en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 429.

<sup>20</sup> Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, “A Review of Iceland’s Draft Constitution”, *The Comparative Constitutions Project*, núm. 14, 2012, p. 11. Disponible en: [www.comparativeconstitutionsproject.org/reports-and-other-publications/](http://www.comparativeconstitutionsproject.org/reports-and-other-publications/)

<sup>21</sup> N. del T. La expresión *constitutional crowddrafting* se traduce aquí como “redacción colaborativa constitucional”.

<sup>22</sup> Manuel Castells, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 17.

<sup>23</sup> Becky P. Y. Loo, *The E-Society*, New York, Nova, 2012, p. 1.

<sup>24</sup> Cheryl Saunders, “Constitution-Making in the 21st Century”, *International Review of Law*, núm. 4, 2012, p. 8. Un interesante proceso de redacción colaborativa constitucional a nivel local es el que se ha puesto en marcha para la creación de la nueva constitución para Ciudad de México. Disponible en: <https://www.change.org/m/voces-ciudadanas-en-la-nueva-constitucion-de-la-cdmx>

reflexiones sobre las regulaciones globales<sup>25</sup> y locales<sup>26</sup> de la democracia electrónica, y del papel que en ella juegan los movimientos sociales,<sup>27</sup> hay solo pocos estudios fragmentados sobre redacción colaborativa constitucional.

Sobre este punto, las obras de Landemore, Meuwese y Suteu son representativas. Landemore elogia la inclusión y la transparencia de la fase de colaboración constitucional abierta del experimento islandés, así como el hecho de que el borrador final del texto constitucional haya reflejado algunas propuestas de los ciudadanos.<sup>28</sup> Sin embargo, critica que el Consejo Constitucional haya propiciado solo una retroalimentación informal, irregular y limitada a las sugerencias individuales. También reprocha que, debido a la mala publicidad, la participación popular fue bastante débil: los ciudadanos presentaron solo 3.600 comentarios por medio de Facebook y 360 sugerencias.<sup>29</sup> Tampoco se creó un procedimiento institucionalizado para sistematizar los comentarios. Según Landemore, “como consecuencia, los miembros del Consejo Constitucional trataron a su albur las propuestas y comentarios que recibieron. Por ende, es difícil saber si la colaboración abierta influyó en el resultado. ¿Las ideas novedosas –en particular aquellas que se apartaban de las nociones preconcebidas del Consejo Constitucional– fueron tomadas en serio?”<sup>30</sup>

Del mismo modo, con respecto al proceso islandés, Meuwese aplaude la estrategia de colaboración abierta y agrega que esta fue más allá de una mera apariencia o de haberse convertido en una estrategia de mercadeo.<sup>31</sup> Sin embargo, desaprueba que, al final, los políticos pudieron reescribir el borrador del texto constitucional o, como efectivamente sucedió, rechazar el proyecto. También reprocha el acceso desigual al proceso de redacción colaborativa constitucional. Aunque cualquier persona podía participar, no había medios disponibles para asegurar la inclusión de personas no conectadas a internet, como, por ejemplo, los miembros de grupos vulnerables, ancianos y habitantes de zonas remotas.<sup>32</sup>

Por último, Suteu se pregunta si la participación popular en línea mejora la calidad y fortalece la legitimidad de los procesos de construcción constitucional.<sup>33</sup> Por

<sup>25</sup> Saskia Sassen, “Electronic Networks, Power, and Democracy”, en Robin Mansell, Chri-santhi Avgerou, Danny Quah y Roger Silverstone, *The Oxford Handbook of Information and Communication Technologies*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 339-361.

<sup>26</sup> Richard David, *The Web of Politics: The Internet's Impact on the American Political System*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

<sup>27</sup> Manuel Castells, *Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*, Cambridge Polity Press, 2012.

<sup>28</sup> Landemore, *op. cit.*, pp. 168, 172, 176 y 180.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> Anne Meuwese, “Popular Constitution-Making: The Case of Iceland”, en Denis J. Galligan y Mila Versteeg (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 483.

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 483-485.

<sup>33</sup> Suteu, *op. cit.*, pp. 251-276.



una parte, reconoce el potencial de las estrategias utilizadas en Islandia e Irlanda en términos de creación de incentivos para implementar estrategias de autogobierno y participación política, y para auspiciar la pervivencia de la constitución resultante y la reactivación democrática.<sup>34</sup> No obstante, por otra parte, parece escéptica sobre la inclusión y la calidad de la deliberación generada por los mecanismos de redacción colaborativa constitucional.<sup>35</sup> De conformidad con lo que el Consejo Constitucional de Islandia expresó en una publicación de Facebook,<sup>36</sup> y en la que se indica que la multitud en realidad no escribió el borrador del texto constitucional, Suteu refuta que el proceso islandés pueda considerarse como un ejemplo de colaboración constitucional abierta. El 15 de junio de 2011, el Consejo publicó el siguiente mensaje en Facebook: “Debe aclararse que la fase en que nos encontramos debería llamarse ejercicio de democracia abierta y transparencia en lugar de colaboración abierta”. Suteu está de acuerdo en considerar a esta fase como un “ejercicio de apertura democrática<sup>37</sup> y de transparencia”. Con todo, en este punto parece que Suteu parte de un concepto muy riguroso de colaboración abierta, más cercano al de producción entre iguales basada en el dominio público. Volveré a la diferencia entre ambos conceptos a continuación. En cualquier caso, como señala Thorarenseng, por un lado, hay una diferencia entre la participación del pueblo en la preparación de una constitución y su influencia en el contenido, y, por el otro, en la redacción de una constitución.<sup>38</sup> En el experimento islandés, a pesar de la participación popular, al final los políticos conservaron la facultad de redactar el texto constitucional.

En este contexto, este artículo evalúa cómo la redacción colaborativa constitucional puede mejorar la legitimidad en los procesos de construcción y de reforma constitucional. Para responder esta pregunta, la sección 2 dilucidará el concepto de redacción colaborativa constitucional como un caso especial de colaboración abierta. La sección 3 analizará el concepto de legitimidad en el sentido de posibilidad de justificación de los procesos de construcción constitucional. Este concepto se utilizará para evaluar las estrategias de redacción colaborativa constitucional. Asimismo, esta sección explorará las ventajas y los desafíos de estas estrategias, y sugerirá cómo superar los desafíos. Por último, se presentarán las conclusiones de este estudio.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 254 y ss.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 269 y ss.

<sup>36</sup> Perfil de Facebook del Consejo Constitucional, 15 de junio de 2011. Para un análisis al respecto, ver Bjarki Valtýsson, “Democracy in Disguise: The Use of Social Media in Reviewing the Icelandic Constitution”, *Media, Culture and Society*, núm. 36, 2014, p. 63.

<sup>37</sup> Suteu, *op. cit.*, p. 262.

<sup>38</sup> Björg Thorarensen, “The People’s Contribution to Constitutional Changes. Writing, advising or approving? – Lessons from Iceland”, en Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (eds.), *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*, London, Routledge, 2017, p. 118.

## 2. Colaboración constitucional abierta

La redacción colaborativa constitucional es un caso especial de colaboración abierta. Esta última se refiere a una amplia gama de actividades de colaboración que se desarrollan en internet, en las que la multitud se relaciona con un iniciador para proporcionar bienes o servicios.<sup>39</sup> La colaboración abierta surgió, primero, como una práctica comercial para tercerizar una actividad a un grupo indefinido de personas,<sup>40</sup> en la que un emprendedor lleva a cabo una convocatoria abierta<sup>41</sup> para resolver un problema o para colaborar en una tarea,<sup>42</sup> a cambio de una remuneración, de reconocimiento o como una experiencia de entretenimiento.<sup>43</sup> Se trata de un mecanismo de inteligencia colectiva<sup>44</sup> que vincula la información, el talento y el conocimiento de algunos con aquellos que lo necesitan.<sup>45</sup>

La colaboración abierta difiere de la producción entre iguales basada en el dominio público. Este último concepto se refiere a una forma colaborativa y descentralizada de llevar a cabo una tarea, en la que algunas personas, vinculadas de una forma débil, cooperan entre sí al compartir recursos y productos sin estar sujetos a supervisión.<sup>46</sup> La manera en que se redactan los artículos de Wikipedia es un ejemplo de ello. Mientras el iniciador tiene autoridad y control sobre un proceso de colaboración abierta, todos los participantes en la producción entre iguales, basada en el dominio público, ostentan las mismas prerrogativas.

Es posible idear mecanismos de redacción del texto constitucional basados en la producción entre iguales.<sup>47</sup> No obstante, debido a la naturaleza técnica y política

<sup>39</sup> Enrique Estellés-Arolas y Fernando González Ladrón de Guevara, "Towards an integrated crowdsourcing definition", *Journal of Information Science*, núm. 38, 2012, pp. 189-200.

<sup>40</sup> Jeff Howe, "The rise of crowdsourcing", *Wired*, vol. 6, núm. 14, 2006. Disponible en: <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>.

<sup>41</sup> Paul Whitla, "Crowdsourcing and its Application in Marketing Activities", *Contemporary Management Research*, vol. 1, núm. 5, 2009, pp. 15-28.

<sup>42</sup> Maja Vukovic, "Crowdsourcing for enterprises", en *Proceedings of the 2009 Congress on Services*, Washington D. C., IEEE Computer Society, 2009, pp. 686-692.

<sup>43</sup> Gabriella Kazai, "In Search of Quality in crowdsourcing for Search Engine Evaluation", en Paul Clough, Colum Foley, Cathal Gurrin, Gareth J. F. Jones, Wessel Kraaij, Hyowon Lee y Vanessa Mudoch (eds.), *Advances in Information Retrieval*, Berlín y Heidelberg, Springer, 2011, pp. 165-176.

<sup>44</sup> Thierry Buecheler, Jan Henrik Sieg, Rudolf M. Füchslin y Rolf Pfeifer, "Open Innovation and Collective Intelligence in the Scientific Method: A Research Agenda and Operational Framework", en Harold Fellermann, Mark Dörr, Martin M. Hanczy, Lone Ladegaard Laursen, Sarah Maurer, Daniel Merkle, Pierre-Alain Monnard, Kasper Stoy y Steen Rasmussen (eds.), *Artificial Life XII*, Boston, MIT Press, 2010, pp. 679-686.

<sup>45</sup> Jeff Howe, *Crowdsourcing: How the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*, New York, Random House, 2009.

<sup>46</sup> Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, CT, Yale University Press, 2006, p. 60.

<sup>47</sup> Landemore, *op. cit.*, p. 179.

que envuelve el proceso de redacción constitucional, sería difícil concebir todo el proceso como un ejercicio de producción entre iguales basada en el dominio público, en el que todos los miembros de una organización política participan de manera conjunta. Los mecanismos de redacción entre iguales deberían involucrar a un número limitado de expertos, a algunos políticos o a un pequeño grupo de ciudadanos seleccionados al azar.<sup>48</sup> Asimismo, un proceso de construcción constitucional, en el que se tenga por objetivo maximizar la democracia deliberativa podría comprender, al tiempo, la redacción entre pares basada en el dominio público y la colaboración abierta. De esta manera, por ejemplo, los pares redactores de la constitución podrían colaborar entre sí en línea para redactar las disposiciones de una constitución. Luego, los ciudadanos podrían dar su opinión sobre el borrador diseñado por los pares, enviando sugerencias, deliberando o votando en línea. A partir de entonces, el órgano redactor podría responder a los comentarios y enmendar el borrador final.

En lo que se refiere a la colaboración abierta, sus principales elementos son: el iniciador, la multitud, la tarea, el proceso y el efecto del resultado del proceso. En la redacción colaborativa constitucional, la configuración de estos elementos puede variar, de conformidad con las circunstancias políticas relevantes, y del diseño general del proceso de elaboración o reforma constitucional. Según Jon Elster, las circunstancias políticas pueden comprender: “una crisis económica y social, una revolución, el colapso de un régimen, la derrota en una guerra, la reconstrucción después de la guerra, la creación de un nuevo Estado y la liberación del dominio colonial”.<sup>49</sup> Por lo general, el proceso de construcción constitucional implica varias fases: la movilización, el establecimiento de la agenda, la elección o selección de un cuerpo de redacción, la redacción, la deliberación, la adopción y la ratificación o certificación.<sup>50</sup> La participación de los ciudadanos puede tener lugar en todas estas etapas. En aras de la simplicidad, me centraré en tres posibilidades abstractas de redacción colaborativa constitucional: la etapa fundacional, la fase de redacción y deliberación, y el tiempo previo a la aprobación y refrendación. Estos modelos se pueden ajustar para el caso de las reformas o enmiendas constitucionales, de conformidad con los procedimientos de reforma constitucional previstos por cada ordenamiento jurídico.

---

<sup>48</sup> Sobre la estrategia de convocar a un grupo aleatorio de personas para que participen en la deliberación, ver James S. Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, Oxford University Press, 2009, cap. 4.

<sup>49</sup> Jon Elster, “Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process”, *Duke Law Journal*, núm. 45, 1995, p. 364. Estas también cuentan como circunstancias o escenarios en los cuales se emplea la redacción colaborativa constitucional, aplicable a cualquier circunstancia referida a la promulgación *ex nihilo* de una constitución, el reemplazo, la revisión o la reforma constitucional.

<sup>50</sup> Sobre algunas de estas etapas, ver Tom Ginsburg, Zachary Elkins y Justin Blount, “Does the Process of Constitution-Making Matter?”, *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 5, 2009, p. 204. De manera más breve, Cheryl Saunders explica las tres etapas clave: “fijar la agenda, en cuanto al contenido y al proceso; diseño, redacción y aprobación; e implementación” (*op. cit.*, pp. 1 y ss.).

## 2.1. Redacción colaborativa constitucional en la etapa fundacional

Como sucede en el caso chileno, la redacción colaborativa puede tener lugar antes de la elección del cuerpo de redacción, verbigracia una asamblea constituyente. Me referiré a este tipo de colaboración abierta como “redacción colaborativa constitucional en la etapa fundacional”. Sus elementos son los siguientes:

- **El iniciador.** No es el cuerpo de redacción, sino, por lo general, una autoridad competente –como el presidente (como sucedió en Chile)– quien comienza un procedimiento popular de reforma constitucional formal. Sin embargo, es posible que las personas nombren a un organismo de gestión como iniciador.
- **La multitud.** Una pregunta relevante sobre las formas de redacción colaborativa constitucional es: ¿quiénes deberían ser los miembros de la multitud? Un presupuesto conceptual *prima facie* puede ser: los ciudadanos. Como afirmó Ackerman, las revoluciones y los reemplazos constitucionales suelen tener lugar a partir de una “adaptación no convencional” de un marco institucional ya existente.<sup>51</sup> La suposición de que todos y solo los ciudadanos deben formar parte de la multitud deriva de los marcos institucionales actuales normales en todas las jurisdicciones, en las cuales, por lo general, los ciudadanos son los titulares de los derechos de participación política. Sin embargo, este presupuesto *prima facie* puede ser derrotado si consideraciones normativas y contextuales contrarias tienen mayor relevancia. Por ejemplo, si el objetivo de construir una nueva constitución es incluir en la discusión política a individuos que pertenecen a una minoría, y que carecen de ciudadanía, ellos deben incluirse en la multitud de participantes. Por otra parte, si la reforma o construcción de la constitución se debe a una secesión, entonces, hasta cierto punto podría ser razonable limitar la multitud a los individuos de la región que se separará del Estado existente. Además, es posible argumentar que, en nuestro mundo globalizado, la toma de decisiones en cualquier país ya no es solo un asunto nacional, sino que también concierne a la comunidad internacional.<sup>52</sup> Esto podría ser una razón para incluir a cualquier persona en la multitud. Finalmente, respecto de la redacción de contenidos técnicos de una constitución –por ejemplo, sobre la regulación básica de la economía o la banca central– sería razonable incluir en la multitud solo a las personas con cierta experiencia técnica, tales como académicos que trabajen en economía o en otras áreas relevantes. Asimismo, es factible que se creen procesos separados, pero complementarios, de redacción colaborativa: uno en el que

---

<sup>51</sup> Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. 2, 2000, pp. 11-13.

<sup>52</sup> Mattias Kumm, “Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 14, 2016, pp. 697 y ss.

solo participen expertos, y otro que cuente con la participación general de todas las personas.

- **La tarea.** Debido a sus especificidades como elemento de un acto político que implica la expresión de preferencias y decisiones,<sup>53</sup> la redacción colaborativa constitucional tiene las mismas propiedades que otros tipos de colaboración abierta, tales como la votación colectiva abierta,<sup>54</sup> pero difiere de la competencia creativa abierta,<sup>55</sup> las microtareas colaborativas,<sup>56</sup> la investigación colaborativa<sup>57</sup> y el micromecenazgo colaborativo.<sup>58</sup> En la votación colectiva abierta un sitio web compila las preferencias de un gran grupo de personas sobre un tema.<sup>59</sup> Un ejemplo de votación colectiva es la Libreta de Calificaciones de California. Esta es una plataforma en línea, lanzada en enero de 2014, que faculta a los ciudadanos para votar sobre determinados asuntos relevantes para el gobierno del estado de California. Esta plataforma utiliza el voto popular para el desarrollo y la implementación de políticas públicas.<sup>60</sup> En consecuencia, y como sucedió en el experimento chileno, la redacción colaborativa constitucional en la etapa fundacional podría implicar votar por la inclusión de ciertos derechos o principios abstractos en la Constitución o de algunos arreglos institucionales, como el régimen presidencial, el federalismo, el control de constitucionalidad o el *Ombudsman*. Es más, los ciudadanos podrían presentar nuevas ideas de relevancia constitucional. Por último, una plataforma podría albergar las deliberaciones e incluir foros en línea, en los que puedan analizar las preferencias y sugerencias de los ciudadanos y establecer cuáles son los acuerdos o desacuerdos entre ellos.
- **El proceso.** En lo que se refiere a esta etapa, la pregunta relevante es: ¿qué debe hacer el iniciador con los votos y las sugerencias de los ciudadanos? Desde luego, estas deben ser recopiladas, analizadas y sistematizadas. Un *software* de voto electrónico, como la aplicación *MyVote*, podría ser útil para

---

<sup>53</sup> Daniel Elazar, "Constitution-Making: the Pre-eminently Political Act", en Keith G. Banting y Richard Simeon (eds.), *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations*, London, Macmillan, 1985, pp. 232-248.

<sup>54</sup> *N. del T.* La expresión *crowdvoting* es traducida aquí como "votación colaborativa abierta".

<sup>55</sup> *N. del T.* La expresión *crowdcontests* es traducida aquí como "competencia creativa abierta."

<sup>56</sup> *N. del T.* La expresión *micro-tasks crowdsourcing* es traducida aquí como "microtareas colaborativas".

<sup>57</sup> *N. del T.* La expresión *crowdsearching* es traducida aquí como "investigación colaborativa".

<sup>58</sup> *N. del T.* La expresión *crowdfunding* es traducida aquí como "micromecenazgo colaborativo".

<sup>59</sup> Karim R. Lakhani, "The Antidote to HiPPOs: Crowd Voting", *Harvard Business Review*, núm. 2, 2016. Disponible en: <https://hbr.org/2016/02/the-antidote-to-hippos-crowd-voting>.

<sup>60</sup> Disponible en: <http://californiareportcard.org>

contar los votos y transformarlos en un informe que exprese las preferencias de la multitud acerca de los derechos, principios e instituciones. Además, es posible utilizar tecnologías de inteligencia artificial –como la revisión asistida por computadora o la revisión asistida por tecnología– para organizar y clasificar sugerencias de los ciudadanos y sus acuerdos y desacuerdos de una manera más precisa que la sistematización humana. La revisión asistida por tecnología aprovecha la experiencia de los diseñadores para sugerir decisiones de codificación en todos los documentos en un universo. Esta utiliza ejemplos propuestos por los diseñadores para crear patrones automatizados a fin de clasificar la información. Esta tecnología se está convirtiendo en una herramienta esencial en el litigio de casos que involucran millones de documentos.<sup>61</sup> Además, es posible utilizar programas como NVIVO, Atlas TI, CAQDAS y DiscoverText para clasificar la información relevante.

- **El efecto del resultado del proceso.** ¿La sistematización debería ser vinculante para el cuerpo de redacción? Antes de responder esta pregunta, resulta razonable descartar dos soluciones extremas: i) otorgar fuerza vinculante definitiva al resultado del ejercicio de redacción colaborativa, y ii) considerar el resultado como un insumo más para el borrador de la constitución, el cual puede ser descartado por el órgano redactor sin justificación alguna. El itinerario del proceso de reemplazo de la Constitución chilena da lugar a una preocupación relacionada con la segunda solución. El presidente tiene competencia para modificar las propuestas de los ciudadanos para ajustarlas a la tradición constitucional chilena y al respeto de las obligaciones que Chile ha adquirido con la comunidad internacional.<sup>62</sup> Como expresión de la participación democrática, la sistematización de la redacción colaborativa en la etapa fundacional debería tener una fuerza vinculante *prima facie*.<sup>63</sup> Por ende, debe ser vinculante para el órgano redactor de la constitución, a menos que existan mejores razones que justifiquen decisiones contrarias. La atribución de esta fuerza vinculante se fundamenta en que los redactores son delegados que actúan en nombre del pueblo y están sujetos al mandato popular. Este mandato está limitado por lo que las personas decidan en el ejercicio de redacción abierta masiva. Sin embargo, este límite solo debe ser *prima facie*. Redactar una constitución implica tener un conocimiento técnico y cierta experiencia sobre los elementos del constitucionalismo y el funcionamiento de arreglos institucionales. Los redactores de la constitución suelen tener

---

<sup>61</sup> Herbert L. Roitblat, Anne Kershaw y Patrick Oot, “Document Categorization in Legal Electronic Discovery: Computer Classification vs. Manual Review”, *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, vol. 1, núm. 61, 2010, pp. 70-80.

<sup>62</sup> Disponible en: <https://www.unaconstitucionparachile.cl>

<sup>63</sup> Sobre el concepto *prima facie*, ver Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

ese conocimiento y experiencia, y tienen capacidad para aplicarlo a las circunstancias políticas actuales. Por lo tanto, deben tener la competencia para reemplazar las preferencias iniciales de la multitud, cuando haya razones opuestas que tengan mayor peso. Con todo, el pueblo debe tener siempre la última palabra, es decir, debe retener la competencia para aprobar o rechazar el borrador final de la constitución mediante un referendo.

## 2.2. Redacción colaborativa constitucional en el proceso deliberativo

Una segunda posibilidad de redacción colaborativa constitucional consiste en estructurar un proceso de colaboración abierta en la fase de redacción y deliberación. La llamaré redacción colaborativa constitucional en el proceso deliberativo. Los casos de Egipto e Islandia corresponden a este modelo. Previeron un marco de deliberación en línea y un diálogo entre el órgano redactor y la multitud sobre los contenidos del proyecto del texto constitucional. Los elementos de este tipo de colaboración abierta son los mismos que los de la redacción colaborativa en la etapa fundacional, salvo las siguientes excepciones y particularidades:

- **El iniciador.** Los iniciadores son los redactores que llevan a cabo una convocatoria abierta a la multitud. Los iniciadores pueden estar organizados como un comité de expertos (como en Kenia), pueden ser solo un grupo de ciudadanos seleccionados al azar (como en Irlanda) o pueden instituirse como un cuerpo electo: una convención constituyente, una asamblea constituyente, una mesa redonda o el parlamento.<sup>64</sup>
- **La tarea.** En este modelo, la multitud puede llevar a cabo por lo menos cuatro tareas específicas en línea: i) votar sobre el contenido de las disposiciones constitucionales propuestas, ii) deliberar sobre los motivos a favor y en contra de la adopción de esas disposiciones, iii) dar retroalimentación a los redactores sobre propuestas o preferencias específicas, y iv) hacer sugerencias abiertas sobre propuestas existentes o nuevas.
- **El proceso.** En un escenario ideal, este tipo de colaboración abierta debería institucionalizar un diálogo entre los redactores y el pueblo. El modelo debe prever mecanismos para que los redactores respondan oportunamente a las votaciones, las deliberaciones, los comentarios y las sugerencias provenientes de la multitud. Las respuestas deben ser de fondo. El borrador del texto constitucional debería adaptarse y, de esta manera, reflejar la opinión de la multitud. Desde el principio, el iniciador debe establecer claramente los requisitos

---

<sup>64</sup> Sobre este tipo de órganos redactores ver Andrew Arato, “Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-making”, *Global Constitutionalism*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 173-200; Saunders, *op. cit.*, pp. 6-7.

y los medios de participación, el calendario y las condiciones para el diálogo. El iniciador debe proporcionar a la multitud el conocimiento constitucional básico que habilite a cualquier persona para participar, de manera informada, en el ejercicio de colaboración abierta. Con respecto a este tema, por ejemplo, la aplicación *MiVote* no permite que los participantes voten hasta que hayan leído la información relevante y el sistema los considere como votantes informados. Al final del diálogo, el iniciador debe cotejar, analizar y sistematizar los aportes de la multitud, y explicar cómo los redactores respondieron a ellas, así como su relevancia para el borrador del texto constitucional.

### 2.3. Redacción colaborativa constitucional antes del proceso de refrendación

Por último, la redacción colaborativa constitucional puede consistir en un proceso de retroalimentación a un borrador de texto constitucional acordado por los redactores. Este proceso debe llevarse a cabo antes de la adopción y refrendación del texto constitucional. Me referiré a esta posibilidad como redacción colaborativa constitucional antes de la refrendación. Un ejemplo de este modelo es el caso keniano. Las variaciones en los elementos de colaboración abierta que este modelo implica son las siguientes:

- **El iniciador.** Puede ser el órgano encargado de la redacción de la constitución u otra institución política que actúe como supervisor del proceso de redacción colaborativa. Por ejemplo, si dicho órgano es un comité de expertos o un grupo de ciudadanos seleccionados al azar, entonces, el legislativo, el ejecutivo o el tribunal constitucional<sup>65</sup> pueden solicitar comentarios o retroalimentación por parte de la multitud y, de esta manera, asegurarse de que el órgano redactor lo incorpore al conjunto definitivo de propuestas de las disposiciones constitucionales.
- **La tarea.** En este modelo, las labores principales son votar sobre el contenido de las disposiciones del proyecto y hacer sugerencias acerca de posibles mejoras y reformas de propuestas existentes o respecto de nuevas ideas.
- **El proceso.** Este tipo de colaboración abierta es, por naturaleza, más corto y menos propenso a generar diálogo y deliberación entre la multitud y el órgano redactor que el modelo de redacción colaborativa constitucional en

<sup>65</sup> Sobre el rol de las cortes constitucionales en los procesos de construcción constitucional, ver Andrew Arato, "Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making", *International Journal of Politics, Culture and Society*, núm. 22, 2009, p. 433; Andrew Arato, *Post Sovereign Constitution-Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 92; Nathan J. Brown y Julian G. Waller, "Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges", *International Journal of Constitutional Law*, año 4, núm. 14, 2016, pp. 817-850.



el proceso deliberativo. La redacción colaborativa constitucional antes de la referendación tiene básicamente dos fases: i) una etapa, en la que el público brinda una retroalimentación al órgano redactor, y ii) otra etapa, en la que el órgano redactor incorpora los comentarios en la propuesta del texto constitucional definitivo. Este modelo es apropiado para contextos en los que es conveniente que el órgano redactor delibere en secreto. Con respecto a este escenario, Jon Elster sugirió que los debates cerrados y secretos entre los miembros del órgano redactor les otorgan la posibilidad de cambiar de opinión y estar dispuestos a comprometerse con las partes contrarias.<sup>66</sup> Después de que se haya acordado el proyecto del texto constitucional, este podría abrirse para una discusión pública en línea. A su vez, este debate podría incentivar la deliberación entre los ciudadanos antes de la adopción y referendación de la constitución por medio de un referendo. En definitiva, la referendación implica que la multitud tendrá la última palabra sobre el proyecto de constitución.

### 3. El fortalecimiento de la legitimidad

#### 3.1. Sobre el concepto de legitimidad

Desde un punto de vista normativo, la pregunta principal que plantean los procesos de redacción colaborativa constitucional se refiere a cómo estos pueden fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional. Para dar respuesta a esta pregunta es necesario usar un concepto de legitimidad que sirva como criterio para evaluar estos procesos.

En la teoría jurídica y la filosofía política ha habido un amplio debate sobre el concepto de legitimidad.<sup>67</sup> Hay al menos tres concepciones de “legitimidad”: una jurídica, una sociológica y una normativa.<sup>68</sup> En sentido jurídico, la legitimidad es una característica de las normas que se refiere a la validez, es decir, a la existencia o fuerza vinculante que resulta de su producción conforme al ordenamiento jurídico.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Jon Elster, “The optimal design of a constituent assembly”, en Helen Landemore y Jon Elster (eds.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 169.

<sup>67</sup> Para un análisis crítico de este debate, ver Fabienne Peter, “Political Legitimacy”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legitimacy/>

<sup>68</sup> David Beetham, *The Legitimation of Power*, New Jersey, Humanities Press International, 1991, pp. 4-5. Igualmente, Richard Fallon identifica tres nociones de legitimidad: legal, moral y sociológica (“Legitimacy and the Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 6, núm. 118, 2005, pp. 1794 y ss.).

<sup>69</sup> Hans Kelsen, “Der Begriff der Rechtsordnung”, *Logique et Analyse*, núm. 3-4, 1958, p. 94.

Cuando se predica de las reformas y los reemplazos constitucionales, la legitimidad en sentido jurídico apunta a evaluar si estos textos constitucionales han sido promulgados de conformidad con los procedimientos previstos en las normas constitucionales vigentes. Desde una perspectiva sociológica, Weber definió la legitimidad como la “creencia en virtud de la cual las personas que ejercen autoridad adquieren reconocimiento por parte la comunidad”.<sup>70</sup> La legitimidad sociológica se relaciona con asuntos tales como si el cuerpo que crea la constitución suscita reconocimiento y confianza en el pueblo, o si la constitución de hecho se “acepta como merecedora de respeto u obediencia”.<sup>71</sup>

Solo el sentido normativo de legitimidad es relevante para el propósito de este texto. En este sentido, en lo que se refiere a los procesos de construcción constitucional, la “legitimidad” denota la virtud de generar aceptación o justificación, como norma superior, de las normas constitucionales resultantes de dichos procesos. En otros términos, si estas se perciben como normas que, con vocación de permanencia, crean instituciones políticas, regulan la futura interacción política, la producción, interpretación y aplicación del derecho, y limitan el ejercicio del poder público. Las normas constitucionales, en cuanto normas superiores, tienen un tipo especial de legitimidad. Como destacó Cheryl Saunders, la pregunta acerca de la legitimidad de una constitución es si “una comunidad y sus líderes aceptarán de tiempo en tiempo que ciertas reglas tienen un estatus ‘constitucional’, de modo que anulan todas las demás y limitan lo que se puede hacer en el ejercicio del poder público, no solo ahora o el próximo año, sino durante un largo periodo”.<sup>72</sup> Esto corresponde a que las normas constitucionales tengan rigidez, es decir que el proceso de reforma sea más difícil o, incluso, imposible.<sup>73</sup>

Asimismo, las normas constitucionales tienen una pretensión de permanencia.<sup>74</sup> Por una parte, las normas constitucionales crean instituciones políticas. En este sentido, existe una conexión entre esta dimensión del concepto de legitimidad constitucional y la concepción de legitimidad que lo vincula a la justificación de la creación de las autoridades jurídicas.<sup>75</sup> Por otra parte, las normas constitucionales

---

<sup>70</sup> Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, Nueva York, Free Press, 1964, p. 382.

<sup>71</sup> Fallon, *op. cit.*, p. 1790.

<sup>72</sup> Saunders, *op. cit.*, p. 2.

<sup>73</sup> Ernest A. Young, “The Constitution Outside the Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 448-473; Ernest A. Young, “The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda”, *Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 10, 2008, pp. 399-411.

<sup>74</sup> Zachary Elkins, Tom Ginsburg y James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

<sup>75</sup> Algunos escritos de Hobbes, Rousseau y Kant desarrollaron este concepto de legitimidad (Peter, *op. cit.*, p. 63).

regulan la interacción política futura,<sup>76</sup> la producción, interpretación y aplicación del derecho. Con respecto a esta última característica, las disposiciones constitucionales típicamente afianzan lo que Hart llamó “normas secundarias”. Son normas que confieren poderes para crear, cambiar e interpretar normas primarias, que a su vez son proposiciones directivas de tipo jurídico que exigen a sus destinatarios llevar a cabo u omitir ciertas acciones.<sup>77</sup> Por último, las normas constitucionales limitan el ejercicio del poder público en la política ordinaria. Sobre este punto, Bruce Ackerman introdujo la distinción entre política ordinaria o normal –relacionada con la elaboración de leyes por parte del legislativo y de políticas por parte del ejecutivo– y política constitucional, relacionada con la creación de “normas superiores” que representa la opinión constitucional del pueblo.<sup>78</sup>

Un proceso legítimo de construcción constitucional puede implicar, al menos de forma parcial, la legitimidad de las constituciones resultantes. La legitimidad de un proceso de creación constitucional es una razón para considerar también legítimo su resultado, es decir, la constitución resultante. Sin embargo, la legitimidad del proceso de construcción constitucional no es una condición necesaria para asegurar aquella de la constitución resultante. Una constitución puede adquirir legitimidad en virtud de su contenido. Un ejemplo es la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, que, a pesar de ser el resultado de una imposición de las fuerzas aliadas después de la Segunda Guerra Mundial, goza de legitimidad debido a su contenido. En cualquier caso, de la legitimidad de una constitución se desprende el deber de obedecerla.<sup>79</sup>

¿Qué hace que un proceso de construcción constitucional sea legítimo? Esta legitimidad es distinta de aquella que se predica de las autoridades políticas. Pueden existir autoridades políticas legítimas, cuyas facultades no derivan de las constituciones. Sin embargo, los procesos de construcción y reforma constitucional son también procesos de institucionalización de las autoridades políticas. Por lo tanto, las condiciones que confieren legitimidad a las autoridades políticas también se la atribuyen a los procesos de construcción y reforma constitucional.

La mayoría de los teóricos políticos y constitucionales coinciden en que el consentimiento es una característica que confiere legitimidad a las autoridades políticas. Locke, por ejemplo, afirmó que “nadie puede salir de este Estado y someterse

---

<sup>76</sup> Sobre la función de las constituciones respecto de la regulación de las interacciones políticas futuras, ver William Parlett y Zim Nwokora, “The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different”, manuscrito en poder del autor, p. 7.

<sup>77</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 81 y 94.

<sup>78</sup> Bruce Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, p. 9.

<sup>79</sup> Sobre la relación entre legitimidad de una autoridad y el deber de obediencia, ver John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 343.

al poder político de otro sin su propio consentimiento”.<sup>80</sup> Rawls se refiere a este tipo de consentimiento como “consentimiento originario”,<sup>81</sup> y sostiene que este debe ser explícito. En la misma línea, Simmons señala que la legitimidad de las autoridades políticas “depende del consentimiento” de quienes se sujetan a ellas.<sup>82</sup> En un análisis crítico de las teorías relevantes, Raz distingue entre hacer de esos consentimientos de los gobernados “una condición necesaria para la legitimidad de la autoridad política” y entre concebir que “el consentimiento no es directamente una condición para la legitimidad, sino que las condiciones para la legitimidad de la autoridad son tales que solo la autoridad política que goza del consentimiento de los gobernados puede cumplirlos”.<sup>83</sup> Por su parte, Barnett afirma que la legitimidad constitucional depende del “consentimiento real y unánime de los ciudadanos a que quien hace las leyes tenga jurisdicción”.<sup>84</sup>

Debido a la dificultad de obtener un consentimiento real unánime e imparcial a sujetarse a las autoridades políticas y a las normas que ellas profieren, algunos filósofos políticos sostienen que la legitimidad depende de otras características. Según Kant, la característica que crea la legitimidad no es el consentimiento real, sino si las personas pudieron tener la posibilidad de haber consentido las normas que deben obedecer.<sup>85</sup> Esto depende, al menos en parte, de la calidad de los procesos en los que se crean las normas pertinentes. De manera similar, Waldron habla sobre una forma calificada de “consentimiento hipotético”,<sup>86</sup> y conceptualiza la legitimidad de las decisiones políticas en términos de si las decisiones relevantes se toman de acuerdo con los procedimientos correctos.<sup>87</sup> Además, según Barnett, la legitimidad exige que los procedimientos para la creación de las normas “aseguren que estos no sean injustos”.<sup>88</sup>

Es dudoso que el consentimiento tácito, hipotético, o la confianza en procedimientos correctos o justos sean condiciones suficientes para asegurar la legitimidad

<sup>80</sup> John Locke, *Second Treatise on Civil Government* [1690], Indianapolis, Hackett, 1990, p. 52.

<sup>81</sup> John Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2007, p. 124.

<sup>82</sup> A. John Simmons, *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 137.

<sup>83</sup> Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 356.

<sup>84</sup> Randy E. Barnett, “Constitutional Legitimacy”, *Colum. L. Rev.*, núm. 103, 2003, p. 111.

<sup>85</sup> Immanuel Kant, “On the Common Saying: ‘This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice’”, en Hans Reiss (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. HB Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 75-76.

<sup>86</sup> Jeremy Waldron, “Theoretical Foundations of Liberalism”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 37, núm. 147, 1987, pp. 127-150.

<sup>87</sup> Jeremy Waldron, “Rights and Majorities: Rousseau Revisited”, en John W. Chapman y Alan Wertheimer (eds.), *Majorities and Minorities*, New York, New York University Press, 1990.

<sup>88</sup> Barnett, *op. cit.*, p. 111.

de las autoridades políticas, las decisiones, los procedimientos legislativos o de las normas jurídicas. Según Rousseau, por ejemplo, la expresión explícita de la voluntad común de los ciudadanos es una condición necesaria para la legitimidad.<sup>89</sup> Además, con relación a los procesos de construcción constitucional, incluso el consentimiento explícito no sería suficiente para asegurar la legitimidad, entendida como justificación en el contexto del constitucionalismo democrático. Equiparar la legitimidad al mero consentimiento o a la aquiescencia no excluiría la ilegitimidad de las constituciones impuestas por agentes políticos nacionales o internacionales sin participación popular. Por esta razón, Colón-Ríos sugiere que el constitucionalismo democrático exige no solo legitimidad sino también legitimidad democrática en los procesos de construcción constitucional.<sup>90</sup> Según este autor, esto implica un “pedigrí democrático”, es decir que la constitución sea “creada por medio de procedimientos democráticos: procedimientos consistentes con los principios de participación popular y apertura democrática”.<sup>91</sup> En la misma línea, Joshua Cohen vincula la “legitimidad democrática” con la idea de que “la autorización para ejercer el poder estatal debe surgir de las decisiones colectivas de los miembros de una sociedad que se rigen por ese poder”.<sup>92</sup>

La legitimidad democrática en los procesos de construcción constitucional exige la participación real y significativa de los ciudadanos,<sup>93</sup> como parte de un proceso abierto de deliberación pública,<sup>94</sup> diseñado de forma racional, equitativa e inclusiva.<sup>95</sup> Con respecto a este aspecto, los estudios empíricos comparativos muestran cómo este tipo de participación popular se institucionaliza de algún modo en los procesos de construcción constitucional. Sin embargo, la mayoría de los procesos implican la discusión y aprobación de un proyecto de texto constitucional por parte de una asamblea legislativa o constituyente, seguida de la refrendación por medio de un referendo ejecutivo o popular.<sup>96</sup> Por lo tanto, el aporte real de las personas al proceso de construcción constitucional es bastante marginal. En la mayoría de los

---

<sup>89</sup> Jean-Jacques Rousseau, *On the Social Contract 1762*, Indianapolis, Hackett, 1988, pp. II:4 y I:3. En este contexto, las referencias a la noción de voluntad son equivalentes al consentimiento.

<sup>90</sup> Joel I. Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*, London and New York, Routledge, 2012, p. 108.

<sup>91</sup> *Idem.* Colón-Ríos añade otras condiciones de la legitimidad democrática: la posibilidad de “reconstruir democráticamente” la sociedad.

<sup>92</sup> Joshua Cohen, “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en Seyla Benhabib (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996, p. 95.

<sup>93</sup> Saunders, *op. cit.*, p. 2.

<sup>94</sup> Sobre la relevancia de la deliberación pública, ver Thomas Christiano, *The Rule of the Many*, Boulder, Co., Westview Press, 1996, p. 35.

<sup>95</sup> Sobre la relación “razonabilidad” e “inclusión”, de una parte, y legitimidad, de la otra, ver Fabienne Peter, *Democratic Legitimacy*, Nueva York, Routledge, 2008.

<sup>96</sup> Ginsburg, Elkins y Blount, *op. cit.*, p. 205.

casos, solo sucede en la fase de refrendación de la constitución. En este sentido, la redacción colaborativa constitucional aparece como una estrategia para fortalecer el pedigrí democrático de los procesos de construcción constitucional, para habilitar e incentivar la participación popular en su diseño, y la deliberación sobre los textos constitucionales.

### 3.2. Oportunidades

La redacción colaborativa constitucional brinda oportunidades para mejorar la legitimidad democrática en los procesos de construcción y reforma constitucional, al fortalecer mecanismos inclusivos de participación popular, tanto de individuos como de grupos en las deliberaciones, la expresión de preferencias y las decisiones relacionadas con el contenido de la constitución.

En primer lugar, estas estrategias crean un proceso abierto de participación. Un proceso de construcción constitucional se considera abierto si los principios, las reglas y las instituciones constitucionales están “abiertos a la discusión y son susceptibles de ser reformulados o reemplazados”.<sup>97</sup> Esto implica aceptar desacuerdos y disensiones entre los ciudadanos. Los tres modelos de redacción colaborativa constitucional, explicados anteriormente, incentivan la apertura democrática, en especial cuando en ellos no se limita la participación de los ciudadanos para dar su opinión sobre los proyectos de disposiciones y otros arreglos, y, además, se aceptan sugerencias innovadoras. Puede pensarse que la redacción colaborativa constitucional en la etapa fundacional y durante el proceso deliberativo es más abierta que la redacción colaborativa constitucional antes de la refrendación. Los dos primeros modelos empoderan al pueblo para alimentar, con ideas innovadoras, la deliberación que en la actualidad o en el futuro se desarrollará dentro del órgano que redacta la constitución y permite que tales ideas ganen impulso y apoyo popular. Este escenario es menos probable cuando los individuos envían sus propuestas justo antes de la refrendación de la constitución.

En segundo lugar, la redacción colaborativa constitucional puede fortalecer la inclusión. Permite aprovechar las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías para incentivar la participación y la movilización democrática. De hecho, estudios sociales recientes sobre las estrategias de diversos mecanismos de participación democrática que emplean tecnologías basadas en internet revelan que estas son útiles para favorecer un renacimiento democrático,<sup>98</sup> en el que los jóvenes y las minorías sin una fuerte representación política pueden desempeñar un papel protagónico. Por ejemplo, Avril destaca que las nuevas tecnologías “proporcionan los canales por

---

<sup>97</sup> Colón-Ríos, *op. cit.*, pp. 7, 13, 57 y ss.

<sup>98</sup> Julie Uldam y Anne Vertergaard, “Introduction: Social Media and Civil Engagement”, en Julie Uldam y Anne Vertergaard (eds.), *Civic Engagement and Social Media. Political Participation Beyond Protest*, New York, Palgrave-Macmillan, 2015, p. 1.

medio de los cuales se puede lograr una movilización política más amplia y más profunda, y una mayor participación en procesos políticos”.<sup>99</sup> Asimismo, permiten a las personas conectarse con sus pares para respaldar intereses comunes mediante la construcción de redes sociales y comunidades en línea.<sup>100</sup> Además, Collin y Ward muestran cómo las redes sociales y las tecnologías digitales se volvieron rápidamente indispensables para involucrar a los jóvenes en los procesos democráticos y romper las tendencias de apatía política.<sup>101</sup> Vromen comparte esta opinión, en lo que concierne al contexto australiano.<sup>102</sup> Además, Gould amplía esta conclusión frente a segmentos de la población que tradicionalmente han tenido una representación deficiente o han estado excluidos de los procesos democráticos. Según esta autora, las nuevas tecnologías incluso abren posibilidades para la “interconexión emancipadora”, es decir, para otorgarle a cualquier persona el poder de iniciar cambios políticos y jurídicos en dimensiones sin precedentes, y conectarse con otras personas para la defensa de intereses comunes,<sup>103</sup> a pesar de que entre estos agentes no exista una relación. La participación en línea también puede dar voz a los que no la tienen y, gracias a su capacidad para facilitar el anonimato, puede garantizar la libertad de expresión sin restricciones.<sup>104</sup>

En tercer lugar, la redacción colaborativa constitucional fortalece la igualdad y la transparencia en los procesos de construcción constitucional. Los mecanismos de participación democrática digital ponen a los individuos y a los políticos en una posición de igualdad en las deliberaciones, en la que lo que cuenta es lo que cada uno expresa, y no quién es quién.<sup>105</sup> Además, internet contribuye al reconocimiento de todos los participantes como iguales.<sup>106</sup> La redacción colaborativa constitucional genera un espacio en el que todos los ciudadanos pueden reconocerse a sí mismos y a otros como coautores de su constitución. Las estrategias de este tipo, junto con

---

<sup>99</sup> Emmanuelle Avril, “Social Networks and Democracy. Fightbacks and Backlashes in the World-Wide Agora”, en Emmanuelle Avril y Johann N. Neem, *Democracy, Participation and Contestation. Civil Society, Governance and the Future of Liberal Democracy*, London and New York, 1995, p. 223.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 224-225.

<sup>101</sup> Philippa Collin, *Young Citizens and Political Participation in a Digital Society. Addressing the Democratic Disconnect*, New York, Palgrave Macmillan, 2015, pp. 11, 130 y ss.; Janelle Ward, “Reaching Citizens Online: How Youth Organizations are Evolving their Web Presence”, en Brian D. Loader y Dan Mercea, *Social Media and Democracy. Innovations in Participatory Politics*, London and New York, Routledge, 2012, pp. 150 y ss.

<sup>102</sup> Ariadne Vromen, “Constructing Australian youth online: empowered but dutiful citizens?”, *Information, Communication & Society*, vol. 14, núm. 7, pp. 959-980.

<sup>103</sup> Carol C. Gould, *Interactive Democracy. The Social Roots of Global Justice*, Cambridge Cambridge University Press, 2014, pp. 213-214.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>105</sup> Brian D. Loader y Dan Mercea, “Networking Democracy?”, en Loader y Mercea, *op. cit.*, p. 1.

<sup>106</sup> Gould, *op. cit.*, p. 224.

otras formas de democracia digital, son entornos adecuados para el desarrollo de una identidad política compartida.<sup>107</sup> Además, las plataformas digitales permiten a los participantes ver, analizar y tener en cuenta las preferencias, los puntos de vista y las sugerencias de todos los colaboradores. Si las plataformas para la redacción colaborativa constitucional están correctamente diseñadas, podrían hacer que los procesos de construcción constitucional sean transparentes. Como resultado de ello, sería más difícil para los representantes decidir en contra de las preferencias manifiestas de los ciudadanos.

En cuarto lugar, la redacción colaborativa constitucional puede fortalecer la deliberación democrática. Debido a que este mecanismo presupone que los participantes posean al menos ciertos conocimientos básicos sobre el derecho constitucional, esto genera un incentivo para que las autoridades políticas implementen una campaña pedagógica similar a la que se diseñó y ejecutó en Chile. Una campaña de este tipo es particularmente relevante para informar a los ciudadanos sobre el alcance de su participación en la fase de redacción colaborativa constitucional y en el momento previo a la refrendación. La exigencia de una campaña pedagógica puede contrarrestar una crítica clásica sobre la legitimidad que se puede extraer de los referendos, referida a que las personas que participan en ellos carecen de información.<sup>108</sup> Además, la redacción colaborativa constitucional –en particular cuando ocurre en la etapa fundacional y en la deliberación– enriquece la democracia deliberativa en la formación de la constitución. Esta estrategia implica la creación de foros deliberativos en línea que generen una atención cuidadosa a los asuntos constitucionales por parte de los individuos, y una discusión pública sobre los mismos. Como destacan Davies y Chandler, las plataformas digitales mejoran la deliberación democrática porque “aumentan nuestras capacidades habituales de ver o escuchar información separada de nosotros en el tiempo o el espacio”.<sup>109</sup> Es posible ajustar la deliberación digital para fines específicos mediante cada uno de los modelos constitucionales de redacción colaborativa, tales como las lluvias de ideas sobre arreglos institucionales (en el proceso de redacción colaborativa constitucional en la etapa fundacional), la toma de decisiones colectivas (votación en línea sobre las instituciones) y la retroalimentación sincrónica o asincrónica (el órgano redactor de la constitución puede solicitar retroalimentación inmediata en la deliberación o retroalimentación posterior, antes de la refrendación).

---

<sup>107</sup> Zizi Papacharissi, *A Private Sphere: Democracy in a Digital Age*, Cambridge, Polity Press, 2010, pp. 51 y ss.

<sup>108</sup> Peter Neijens y Claes de Vreese, “Helping Citizens Decide in Referendums: The Moderating Effect of Political Sophistication on the Use of the Information and Choice Questionnaire as a Decision Aid”, *Public Opinion Quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2009, pp. 521-536.

<sup>109</sup> Todd Davies y Reid Chandler, “Online Deliberation Design: Choices, Criteria, and Evidence”, en Tina Nabatchi, John Gastil, G. Michael Weiksner, y Matt Leighninger (eds.), *Democracy in Motion. Evaluating the Practice and Impact of Deliberative Civic Engagement*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 104.



Por último, la participación en el proceso de redacción colaborativa puede elevar el umbral del consentimiento individual real con respecto al proceso y al texto constitucional resultante. Participar en la redacción del contenido de una constitución al hacer sugerencias, expresar preferencias, acuerdos, desacuerdos y al votar sobre determinadas decisiones implica dar el consentimiento al proceso como tal. Además, esto incrementa la probabilidad de que cada ciudadano acepte el texto constitucional resultante, a pesar de que este no refleje cada una de sus preferencias individuales. También desarrolla, en la era digital, el ideal de autonomía de Rousseau, a saber: que, al colaborar en la elaboración de leyes, los individuos mantienen su libertad cuando obedecen la ley. La participación de los individuos en los procesos de redacción colaborativa constitucional implica el desarrollo de su autonomía, porque les permite darse a sí mismos normas constitucionales (*auto-nomos*) y obligarse a una constitución que crearon juntos. Como enfatiza Colón-Ríos, la participación pública en el proceso de construcción constitucional crea confianza y un sentido de “apropiación pública” de la constitución.<sup>110</sup>

### 3.3. La superación de los desafíos

A pesar de las oportunidades, la redacción colaborativa constitucional también enfrenta el desafío de establecer restricciones para asegurar que solo los agentes relevantes participen en los procesos apropiados de manera significativa.

La redacción colaborativa constitucional no tiene sentido si se utiliza como una fachada democrática. Este riesgo se puede presentar si, tal como puede ocurrir con otros mecanismos de democracia digital, el proceso está completamente formado y controlado por representantes de “intereses sociales y económicos arraigados”,<sup>111</sup> o si el proceso de construcción constitucional faculta a los políticos para ignorar o reemplazar las preferencias de las personas sin justificación alguna. Quienes ostentan poder pueden manipular los mecanismos de redacción colaborativa constitucional, como a veces algunos políticos lo hacen en las campañas electorales, en las que modelan los comportamientos de las masas,<sup>112</sup> movilizan y cautivan a los votantes mediante el empleo de eslóganes contruidos a partir del análisis de perfiles ciudadanos incluidos en bases de datos.<sup>113</sup> Además, la participación en el proceso de redacción colaborativa constitucional puede trivializarse si las sugerencias de los

---

<sup>110</sup> Colón-Ríos, *op. cit.*, p. 3.

<sup>111</sup> Kevin A. Hill y John E. Hughes, *Cyberpolitics: Citizen Activism in the Age of the Internet*, London, Rowman & Littlefield Publishers, 1998, p. 182. Ver también Brian D. Loader y Dan Mercea, “Networking Democracy? Social media innovations in participatory politics”, *Information, Communication and Society*, vol. 6, núm. 14, 2011, pp. 757-769.

<sup>112</sup> Daniel Thalmann y Soraia Raupp Musse, *Crowd Simulation*, Dordrecht, Springer, 2013, p. 114.

<sup>113</sup> Sobre este fenómeno, ver Eitan D. Hersh, *Hacking the Electorate. How Campaigns Perceive Voters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 19.

ciudadanos no suscitan deliberación y permanecen solo como una expresión de los deseos políticos,<sup>114</sup> sin ningún tipo de impacto.<sup>115</sup>

Con respecto a este riesgo, y en atención a que la redacción del texto constitucional exige conocimientos técnicos y especializados, siempre un grupo de expertos debería diseñar y supervisar el proceso de redacción colaborativa. Los expertos deberían combinar un grado de apertura a sugerencias no pedidas, provenientes de los ciudadanos, con un marco estructurado de deliberación sobre posibles principios, normas e instituciones constitucionales que hayan sido preseleccionados. Además, los políticos también deberían participar en el diseño del proceso de redacción colaborativa constitucional. El contenido de una constitución no puede depender enteramente de una elección sobre principios e instituciones abstractas, sino, especialmente, de su idoneidad para resolver problemas sociales concretos y responder a necesidades e intereses reales.<sup>116</sup> Los políticos tienen el conocimiento sobre esos problemas y, a la vez, representan esos intereses. Una lección del fracaso del experimento islandés es que la falta de participación de los políticos en el proceso de redacción colaborativa puede crear desincentivos para que apoyen y aprueben el proyecto de constitución elaborado en colaboración.

Sin embargo, esto no debería conducir a asignar un control total del proceso de redacción colaborativa constitucional a expertos o a políticos, así como tampoco a facultarlos para determinar el resultado del proceso desde el principio.<sup>117</sup> El proceso debe enmarcarse de una manera abierta, en que el resultado derive de una composición racional de sugerencias, argumentos y votos individuales. Las opiniones de los ciudadanos deberían marcar una diferencia real en el resultado, y no tener solo un valor simbólico. Es más, las decisiones de los ciudadanos, *prima facie*, deben ser obligatorias para el cuerpo que crea la constitución. Debe existir una interacción equilibrada entre la participación pública abierta y la representación de los intereses por parte de los políticos a lo largo del proceso. De otro lado, la redacción colaborativa constitucional no debería imponer restricciones respecto de la expresión de opiniones políticas y, a la vez, debería inspirar a las personas a adoptar una actitud participativa.<sup>118</sup> Al mismo tiempo, el diseño de plataformas en línea debería, de

---

<sup>114</sup> Sobre este riesgo de la democracia electrónica, ver Avril, *op. cit.*, p. 224.

<sup>115</sup> Sobre este riesgo de la democracia electrónica, ver Evgeny Morozov, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom*, New York, Public Affairs, 2011.

<sup>116</sup> Kim Lane Scheppele, "Unconstitutional Constituent Power", en Roger Smith y Richard Beeman (eds.), *Constitution Making*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, en prensa.

<sup>117</sup> Sobre el riesgo de utilizar tecnologías de internet para alcanzar determinados fines, ver Stephen Jeffares, *Interpreting Hashtag Politics: Policy Ideas in an Era of Social Media*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. X, 105 y ss.

<sup>118</sup> Sobre este punto, relacionado con la democracia electrónica, ver Ian McLoughlin y Rob Wilson (with Mike Martin), *Digital Government @ Work*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 10 y ss.

alguna manera, mitigar el riesgo de expresiones inciviles u odiosas,<sup>119</sup> y de otras formas de sabotear la deliberación. El diseño también debe estimular la confianza de los ciudadanos en el proceso, su transparencia y su confiabilidad.<sup>120</sup>

Por último, la redacción colaborativa constitucional debe asegurar la participación de los agentes relevantes. Además de las consideraciones ya incluidas en la explicación acerca de quién es la multitud, el diseño del proceso debe abordar varios problemas técnicos. Primero, debe existir un sistema de autenticación que permita a las autoridades asegurarse de que las personas que participan en el proceso sean realmente quienes dicen ser. En este sentido, puede ser adecuado un sistema de autenticación de huellas dactilares que permita su correspondencia con los números de identificación (identificación nacional, licencia de conducir o pasaporte). Esto implica otorgar acceso de todos los miembros al sistema de autenticación de huellas dactilares (por medio de teléfonos móviles y otros dispositivos) y crear un sistema que combine las huellas digitales con las bases de datos de los números de identificación.<sup>121</sup> Segundo, el sistema debería incorporar medidas de seguridad adecuadas que hagan imposible, o al menos extremadamente difícil, *hackearlo* o piratearlo. La falta de seguridad puede comprometer la información sobre las sugerencias y preferencias de los ciudadanos y los resultados de la votación en línea. Las autoridades deberían mostrar los procesos para probar la integridad del sistema antes de comenzar el ejercicio de redacción colaborativa. Tercero, el sistema y el personal a cargo deben garantizar la confidencialidad, los diseñadores, desarrolladores y administradores del sistema deben mantener la confidencialidad sobre las características de este y adoptar los mecanismos apropiados para dificultar las filtraciones de información. Cuarto, el sistema de redacción colaborativa debería incluir mecanismos suficientemente desarrollados para garantizar que pueda sostenerse y recuperarse con prontitud ante eventuales ataques. Los administradores del sistema deben crear copias de seguridad adecuadas. Quinto, los diseñadores del sistema deberían dimensionar correctamente el *hardware* y el *software* para garantizar que todas las personas relevantes puedan participar en el ejercicio de redacción en el momento designado, en sus lugares relevantes, por medio de todas las interfaces posibles, manteniendo la fidelidad de la información que ingresan. Es necesario realizar pruebas adecuadas de la capacidad del sistema en todos estos aspectos para garantizar que pueda funcionar incluso si un gran número de participantes inicia sesión simultáneamente. Sexto, las autoridades deberían crear mecanismos para

---

<sup>119</sup> Sobre este riesgo, ver Gould, *op. cit.*, p. 224.

<sup>120</sup> Sobre el problema de la falta de confianza en el gobierno en línea, ver Ruth Halperin y James Backhouse, "Identifying Online Citizens. Understanding the Trust Problem", en Vishanth Weerakkody y Christopher G. Reddick (eds.), *Public Sector Transformation through E-Government. Experiences from Europe and North America*, London and New York, Routledge, 2013, pp. 107 y ss.

<sup>121</sup> Por razones de protección de la intimidad, esta posibilidad no está disponible para aparatos de Apple. Disponible en: <https://support.apple.com/en-au/HT204587>

facilitar la participación de todas las personas relevantes. Deben poner en marcha una campaña de sensibilización, un programa educativo sobre el proceso de construcción constitucional y varias estrategias para permitir que las minorías desconectadas –las personas mayores, los económicamente desfavorecidos, las personas que viven en zonas remotas, etc.– accedan al sistema y participen en el ejercicio de redacción colaborativa de una manera significativa. Séptimo, el sistema debería ser capaz de recopilar la información de una manera que mantenga la confidencialidad de la información proporcionada y que, a la vez, atribuya apropiada relevancia a los datos demográficos. Como tal, el sistema debería poder vincular las preferencias constitucionales específicas con los segmentos de la población que las respalda.

## Conclusiones

Este documento evaluó la manera en que la redacción colaborativa constitucional puede mejorar la legitimidad en los procesos de construcción y reforma constitucional. Experiencias recientes en Islandia, Kenia, Irlanda y Chile implementaron estrategias de redacción colaborativa para alentar la participación de los ciudadanos en procesos de creación o reforma constitucional. Esas experiencias se sumaron a iniciativas participativas previas, que tuvieron lugar durante los años ochenta y noventa en países como Brasil, Colombia y Sudáfrica, en donde se invitó a los ciudadanos a enviar propuestas para el borrador del texto constitucional.

La redacción colaborativa constitucional es un caso especial de colaboración abierta, en el que la configuración de los elementos principales de este modelo de participación de multitudes –el iniciador, la multitud, la tarea, el proceso y el efecto del resultado– puede variar, de conformidad con las circunstancias políticas relevantes y el diseño general de la constitución o su procedimiento de reforma. Hay al menos tres posibilidades abstractas de redacción colaborativa de una constitución entera: en la etapa fundacional, durante la fase de redacción y deliberación, y antes de la aprobación y refrendación de la constitución.

En la etapa fundacional de la redacción colaborativa constitucional, el iniciador es una autoridad competente, que comienza un procedimiento popular de cambio constitucional formal; el conjunto de todos los ciudadanos, *prima facie*, es la multitud; las tareas que esta debe realizar pueden incluir diversas formas de expresión de preferencias y decisiones, como votar, hacer sugerencias y participar en deliberaciones; y el proceso debería incluir mecanismos para cotejar, analizar y sistematizar los votos, las sugerencias y los resultados de la deliberación. Es posible llevar a cabo estas tareas mediante el uso de *software* de votación electrónica, como la aplicación MyVote, tecnologías de inteligencia artificial, como revisión asistida por computadora o revisión asistida por tecnología, y programas como NVIVO, Atlas TI, CAQDAS y DiscoverText. En fin, con respecto al efecto, como expresión de participación democrática, la sistematización de la redacción colaborativa en la etapa fundacional

debería tener fuerza obligatoria *prima facie*. Esto significa que debe vincular al órgano redactor de la constitución a menos que existan razones más sólidas que justifiquen decisiones opuestas.

La redacción colaborativa constitucional en el proceso de deliberación comprende un marco de discusión en línea y el diálogo entre el cuerpo de redacción y la multitud sobre los contenidos del proyecto del texto constitucional. Los elementos de este tipo de colaboración abierta son los mismos que en la redacción colaborativa en la etapa fundacional con algunas excepciones. El iniciador es el órgano redactor que lanza una convocatoria abierta a la multitud. La multitud puede llevar a cabo al menos cuatro tareas específicas en línea: i) votar sobre el contenido del borrador de las disposiciones, ii) deliberar sobre las razones a favor y en contra de la adopción de dichas disposiciones, iii) dar retroalimentación al cuerpo de redacción sobre propuestas o preferencias específicas, y iv) hacer sugerencias abiertas sobre propuestas nuevas o existentes. Con respecto al proceso, debería haber mecanismos para que el órgano redactor responda oportunamente a la votación, la deliberación, los comentarios y las sugerencias de la multitud. La respuesta debe ser sustancial. Además, el borrador de la constitución debería evolucionar y reflejar sucesivamente la opinión de la multitud. Desde el principio, el iniciador debe establecer con claridad las exigencias y las vías de participación, y el calendario y las condiciones para el diálogo. El iniciador debe proporcionar a la multitud el conocimiento constitucional básico que califica a cualquier persona para participar en el ejercicio de colaboración abierta. Al final del diálogo, el iniciador debe cotejar, analizar y sistematizar los aportes de la audiencia y explicar cómo el cuerpo de redacción respondió a ella y su relevancia última para el borrador de la constitución.

En fin, en la redacción colaborativa constitucional antes de la refrendación, el iniciador podría ser el cuerpo de redacción u otra institución política que actúe como supervisor del proceso. En este modelo, las principales tareas que la multitud debe llevar a cabo son votar sobre el contenido del borrador de las disposiciones y hacer sugerencias sobre posibles mejoras y enmiendas a las propuestas existentes o sobre nuevas ideas. El proceso tiene básicamente dos fases: una fase en la cual el público brinda retroalimentación al órgano redactor, y otra en la que este órgano incorpora los comentarios en la propuesta final del texto constitucional. Naturalmente, en el referendo, la gente tendrá la última palabra sobre el proyecto de constitución.

Estos tres modelos de redacción colaborativa pueden mejorar la legitimidad en los procesos de construcción constitucional. En este contexto, la legitimidad se entiende como una virtud de un proceso constitucional que consiste en generar aceptación o justificación de las normas constitucionales resultantes como ley superior o, en otros términos, como normas que crean instituciones políticas, regulan la interacción política futura, la producción jurídica y la interpretación de las fuentes del derecho, y limitan el ejercicio del poder público en la política ordinaria. Además, se entiende que el consentimiento de los ciudadanos contribuye a legitimar un proceso de constitución. Igualmente, la legitimidad democrática en la elaboración

de la constitución exige la participación efectiva de los ciudadanos, de manera significativa, como parte de un proceso abierto de deliberación pública, diseñado de forma racional, equitativa e inclusiva.

En este sentido, la redacción colaborativa constitucional es una estrategia para fortalecer la legitimidad democrática de los procesos de creación constitucional, al permitir mecanismos inclusivos de participación popular de individuos y grupos en deliberaciones, expresión de preferencias y decisiones relacionadas con el contenido de la constitución. La redacción colaborativa constitucional crea un proceso abierto de participación y potencia la inclusión de los ciudadanos mediante el aprovechamiento de las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, disponibles para el compromiso y la movilización democrática. Asimismo, fortalece la igualdad y la transparencia, al ubicar a todos los individuos y políticos en la misma posición, en la que lo que cuenta es lo que dicen y no quiénes son, y mejora la deliberación democrática en intensidad y calidad.

Sin embargo, la redacción colaborativa constitucional también enfrenta el desafío de establecer restricciones para asegurar que la multitud se involucre en los procesos relevantes de una manera significativa. La redacción colaborativa constitucional no tiene sentido si se utiliza como un mecanismo para crear una apariencia democrática. Debido al conocimiento técnico y especializado apropiado para la redacción de una constitución, los expertos y políticos deben diseñar y supervisar el proceso de redacción colaborativa constitucional. Sin embargo, esto no debería empoderarlos para determinar el resultado desde el principio. El proceso debe estructurarse de una manera abierta, en la que el resultado derive de una composición racional de sugerencias, argumentos y votos individuales. Las opiniones de los ciudadanos deberían marcar una diferencia real en el resultado.

La redacción colaborativa constitucional también debe asegurar la participación de los agentes relevantes, al establecer un sistema de autenticación que permita a las autoridades asegurarse de que las personas que participan en el proceso sean en realidad quienes dicen ser. Además, debe haber garantías de seguridad. El sistema de redacción colaborativa debería incluir mecanismos lo suficientemente desarrollados para garantizar que pueda sostenerse y recuperarse con prontitud ante eventuales ataques. Además, los diseñadores del sistema deberían dimensionar correctamente el *hardware* y el *software* para garantizar que todas las personas relevantes puedan participar en el ejercicio de redacción en el momento designado, en sus lugares importantes, por medio de todas las interfaces posibles, manteniendo la fidelidad de la información que ingresan. En fin, las autoridades deberían poner en marcha una campaña de sensibilización sobre la participación en la creación constitucional, un proceso educativo pertinente y varias estrategias para permitir que las minorías desconectadas –los ancianos, las personas económicamente desfavorecidas, las personas que viven en áreas remotas, etc.– accedan al sistema y participen en el ejercicio de redacción colaborativa constitucional de una manera significativa.

Si se observan estas precauciones, la redacción colaborativa constitucional permitirá al pueblo participar conjuntamente de una manera significativa y transparente para crear el contenido de su propia constitución.

## Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_, *We the People: Transformations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, vol. 2, 2000.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- ARATO, Andrew, “Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making”, *International Journal of Politics, Culture and Society*, núm. 22, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Conventions, Constituent Assemblies, and Round Tables: Models, Principles and Elements of Democratic Constitution-making”, *Global Constitutionalism*, vol. 1, núm. 1, 2012, pp. 173-200.
- \_\_\_\_\_, *Post Sovereign Constitution-Making: Learning and Legitimacy*, Oxford University Press, 2016.
- AVRIL, Emmanuelle, “Social Networks and Democracy. Fightbacks and Backlashes in the World-Wide Agora”, en AVRIL, Emmanuelle y Johann N. NEEM, *Democracy, Participation and Contestation. Civil Society, Governance and the Future of Liberal Democracy*, London and New York, Routledge, 1995.
- BARNETT, Randy E., “Constitutional Legitimacy”, *Colum. L. Rev.*, núm. 103, 2003.
- BEETHAM, David, *The Legitimation of Power*, New Jersey, Humanities Press International, 1991.
- BENKLER, Yochai, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven, CT, Yale University Press, 2006.
- BROWN, Nathan J. y Julian G. WALLER, “Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges”, *International Journal of Constitutional Law*, año 4, núm. 14, 2016, pp. 817-850.
- BUECHELER, Thierry, Jan Henrik SIEG, Rudolf M. FÜCHSLIN y Rolf PFEIFER, “Open Innovation and Collective Intelligence in the Scientific Method: A Research Agenda and Operational Framework”, en FELLERMANN, Harold, Mark DÖRR, Martin M. HANCZY, Lone Ladegaard LAURSEN, Sarah MAURER, Daniel MERKLE, Pierre-Alain MONNARD, Kasper STØY y Steen RASMUSSEN (eds.), *Artificial Life XII*, Boston, MIT Press, 2010.
- CAROLAN, Eoin, “Ireland’s Constitutional Convention: Behind the Hype of Citizen-Led Constitutional Change”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 13, 2015, pp. 733-748.
- CASTELLS, Manuel, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell, 2000.

- \_\_\_\_\_, *Networks of Outrage and Hope: Social Movements in the Internet Age*, Cambridge Polity Press, 2012.
- CEPEDA, Manuel José y David LANDAU, *Colombian Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- CHRISTIANO, Thomas, *The Rule of the Many*, Boulder, Co., Westview Press, 1996.
- CODDOU MC MANUS, Alberto y Pablo CONTRERAS, “Nueva Constitución y Asamblea Constituyente. La experiencia de ‘Marca tu voto’”, *Anuario de derecho público UDP*, 2014.
- COHEN, Joshua, “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en BEN-HABIB, Seyla (ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- COLLIN, Philippa, *Young Citizens and Political Participation in a Digital Society. Addressing the Democratic Disconnect*, New York, Palgrave Macmillan, 2015.
- COLÓN-RÍOS, Joel I., *Weak Constitutionalism. Democratic legitimacy and the question of constituent power*, London and New York, Routledge, 2012.
- DAVID, Richard, *The Web of Politics: The Internet’s Impact on the American Political System*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- DAVIES, Todd y Reid CHANDLER, “Online Deliberation Design: Choices, Criteria, and Evidence”, en NABATCHI, Tina, John GASTIL, G. Michael WEIKSNER, y Matt LEIGHNINGER (eds.), *Democracy in Motion. Evaluating the Practice and Impact of Deliberative Civic Engagement*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- EBRAHIM, Hassen, *The Soul of a Nation-Constitution-Making in South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- ELAZAR, Daniel, “Constitution-Making: the Pre-eminently Political Act”, en BANTING, Keith G. y Richard SIMEON (eds.), *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations*, London, Macmillan, 1985.
- ELKINS, Zachary, Tom GINSBURG y James MELTON, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- \_\_\_\_\_, “A Review of Iceland’s Draft Constitution”, *The Comparative Constitutions Project*, núm. 14, 2012. Disponible en: [www.comparativeconstitutionsproject.org/reports-and-other-publications/](http://www.comparativeconstitutionsproject.org/reports-and-other-publications/).
- ELSTER, Jon, “Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process”, *Duke Law Journal*, núm. 45, 1995.
- \_\_\_\_\_, “The optimal design of a constituent assembly”, en LANDEMORE, Helen y Jon ELSTER (eds.), *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- ELTANTAWY, Nahed y Julie B. WIEST, “Social Media in the Egyptian Revolution: Reconsidering Resource Mobilization Theory”, *International Journal of Communication*, núm. 5, 2011, pp. 1207-1224.
- ESTELLÉS-AROLAS, Enrique y Fernando GONZÁLEZ LADRÓN DE GUEVARA, “Towards an integrated crowdsourcing definition”, *Journal of Information Science*, núm. 38, 2012, pp. 189-200.



- FALLON, Richard, "Legitimacy and the Constitution", *Harvard Law Review*, vol. 6, núm. 118, 2005.
- FISHKIN, James S., *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- GINSBURG, Tom, Zachary ELKINS y Justin BLOUNT, "Does the Process of Constitution-Making Matter?", *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 5, 2009.
- GLUCK, Jason y Brendan BALLOU, "New Technologies in Constitution Making", Washington, United States Institute of Peace, 2014. Disponible en: [https://www.usip.org/sites/default/files/SR343\\_New-Technologies-for-Constitution-Making.pdf](https://www.usip.org/sites/default/files/SR343_New-Technologies-for-Constitution-Making.pdf)
- GOULD, Carol C., *Interactive Democracy. The Social Roots of Global Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- HALPERIN, Ruth y James BACKHOUSE, "Identifying Online Citizens. Understanding the Trust Problem", en Vishanth WEERAKKODY y Christopher G. REDDICK (eds.), *Public Sector Transformation through E-Government. Experiences from Europe and North America*, New York and London, Routledge, 2013.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HERSH, Eitan D. *Hacking the Electorate. How Campaigns Perceive Voters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- HILL, Kevin A. y John E. HUGHES, *Cyberpolitics: Citizen Activism in the Age of the Internet*, London, Rowman & Littlefield Publishers, 1998.
- HOWE, Jeff, "The rise of crowdsourcing", *Wired*, vol. 6, núm. 14, 2006. Disponible en: <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>
- \_\_\_\_\_, *Crowdsourcing: How the Power of the Crowd is Driving the Future of Business*, New York, Random House, 2009.
- JEFFARES, Stephen, *Interpreting Hashtag Politics: Policy Ideas in an Era of Social Media*, New York, Palgrave Macmillan, 2014.
- JIMÉNEZ, Carolina, "Momentos, escenarios y sujetos de la producción constituyente. Aproximaciones críticas al proceso constitucional de los noventa", *Análisis Político*, núm. 18, 2006.
- KANT, Immanuel, "On the Common Saying: 'This May be True in Theory, but it does not Apply in Practice'", en REISS, Hans (ed.), *Kant: Political Writings*, trad. HB Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- KAZAI, Gabriella, "In Search of Quality in Crowdsourcing for Search Engine Evaluation", en CLOUGH, Paul, Colum FOLEY, Cathal GURRIN, Gareth J. F. JONES, Wessel KRAAIJ, Hyowon LEE y Vanessa MUDUCH (eds.), *Advances in Information Retrieval*, Berlín y Heidelberg, Springer, 2011.
- KELSEN, Hans, "Der Begriff der Rechtsordnung", *Logique et Analyse*, núm. 3-4, 1958.
- KLEIN, Claude y Andrés SAJÓ, "Constitution-Making: Process and Substance", en ROSENFELD, Michel y Andrés SAJÓ, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- KUMM, Mattias, "Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 14, 2016.

- LAKHANI, Karim R., "The Antidote to HiPPOs: Crowd Voting", *Harvard Business Review*, núm. 2, 2016. Disponible en: <https://hbr.org/2016/02/the-antidote-to-hippos-crowd-voting>
- LANDEMORE, Hélène, "Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 2, núm. 23, 2015.
- LANE SCHEPPELE, Kim, "Unconstitutional Constituent Power", en SMITH, Roger y Richard BEEMAN (eds.), *Constitution Making*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, en prensa.
- LOADER, Brian D. y Dan MERCEA, "Networking Democracy? Social Media Innovations in Participatory Politics", *Information, Communication and Society*, vol. 6, núm. 14, 2011, pp. 757-769.
- \_\_\_\_\_, "Networking Democracy?", en LOADER, Brian D. y Dan MERCEA, *Social Media and Democracy. Innovations in Participatory Politics*, London and New York, Routledge, 2012.
- LOCKE, John, *Second Treatise on Civil Government* [1690], Indianapolis, Hackett, 1990.
- LOO, Becky P. Y., *The E-Society*, New York, Nova, 2012.
- MABOUDI, Tofigh y Ghazal P. NADI, "Crowdsourcing the Egyptian Constitution: Social Media, Elites, and the Populace", *Political Research Quarterly*, vol. 4, núm. 69, 2016.
- McLOUGHLIN, Ian y Rob WILSON (con Mike MARTIN), *Digital Government @ Work*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- MEUWESE, Anne, "Popular Constitution-Making: The Case of Iceland", en GALLIGAN, Denis J. y Mila VERSTEEG (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- MOROZOV, Evgeny, *The Net Delusion. The Dark Side of Internet Freedom*, New York, Public Affairs, 2011.
- MUKUNA John y Melvin L. M. MBAO, "'We the People': On Popular Participation and the Making of the 2010 Constitution of Kenya", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, vol. 5, núm. 20, 2014.
- NEIJENS, Peter y Claes DE VREESE, "Helping Citizens Decide in Referendums: The Moderating Effect of Political Sophistication on the Use of the Information and Choice Questionnaire as a Decision Aid", *Public Opinion Quarterly*, vol. 3, núm. 3, 2009, pp. 521-536.
- PAPACHARISSI, Zizi, *A Private Sphere: Democracy in a Digital Age*, Cambridge, Polity Press, 2010.
- PARLETT, William y Zim NWOKORA, "The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different", manuscrito en poder del autor.
- PETER, Fabienne, "Political Legitimacy", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/legitimacy/>
- \_\_\_\_\_, *Democratic Legitimacy*, New York, Routledge, 2008.

- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Lectures on the History of Political Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2007.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- ROITBLAT, Herbert L., Anne KERSHAW, y Patrick OOT, “Document Categorization in Legal Electronic Discovery: Computer Classification vs. Manual Review”, *Journal of the American Society for Information Science and Technology*, vol. 1, núm. 61, 2010, pp. 70-80.
- ROSENN, Keith S., “Conflict Resolution and Constitutionalism. The Making of the Brazilian Constitution of 1988”, en MILLER, Laurel E. y Louis AUCOIN (eds.), *Framing the State in Times of Transition*, Washington, United States Institute of Peace, 2010.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *On the Social Contract 1762*, Indianapolis, Hackett, 1988.
- SASSEN, Saskia, “Electronic Networks, Power, and Democracy”, en MANSELL, Robin, Chrisanthi AVGEROU, Danny QUAH y Roger SILVERSTONE, *The Oxford Handbook of Information and Communication Technologies*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- SAUNDERS, Cheryl, “Constitution-Making in the 21st Century”, *International Review of Law*, núm. 4, 2012.
- SIMMONS, A. John, *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- SUTEU, Silvia, “Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland”, *Boston College International & Comparative Law Review*, núm. 38, 2015.
- THALMANN, Daniel y Soraia RAUPP MUSSE, *Crowd Simulation*, Dordrecht, Springer, 2013.
- THORARENSEN, Björg “The People’s Contribution to Constitutional Changes. Writing, advising or approving? – Lessons from Iceland”, en CONTIADES, Xenophon y Alkmene FOTIADOU (eds.), *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*, London and New York, Routledge, 2017.
- ULDAM, Julie y Anne VERTERGAARD, “Introduction: Social Media and Civil Engagement”, en ULDAM, Julie y Anne VERTERGAARD (eds.), *Civic Engagement and Social Media. Political Participation Beyond Protest*, New York, Palgrave-Macmillan, 2015.
- VALTYSSON, Bjarki, “Democracy in Disguise: The Use of Social Media in Reviewing the Icelandic Constitution”, *Media, Culture and Society*, núm. 36, 2014.
- VROMEN, Ariadne, “Constructing Australian youth online: empowered but dutiful citizens?”, en *Completar referencia. Information, Communication & Society* vol. 14, núm. 7, pp. 959-980.
- VUKOVIC, Maja, “Crowdsourcing for enterprises”, en *Proceedings of the 2009 Congress on Services*, Washington D. C., IEEE Computer Society, 2009.

- WALDRON, Jeremy, "Rights and Majorities: Rousseau Revisited", en CHAPMAN, John W. y Alan WERTHEIMER (eds.), *Majorities and Minorities*, New York, New York University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_, "Theoretical Foundations of Liberalism", *The Philosophical Quarterly*, vol. 37, núm. 147, 1987, pp. 127-150.
- WARD, Janelle, "Reaching Citizens Online: How Youth Organizations are Evolving their Web Presence", en LOADER, Brian D. y Dan MERCEA, *Social Media and Democracy. Innovations in Participatory Politics*, London and New York, Routledge, 2012.
- WEBER, Max, *The Theory of Social and Economic Organization*, New York, Free Press, 1964.
- WHITLA, Paul, "Crowdsourcing and its Application in Marketing Activities", *Contemporary Management Research*, vol. 1, núm. 5, 2009, pp. 15-28.
- YOUNG, Ernest A., "The Constitution outside the Constitution", *The Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 448-473.
- \_\_\_\_\_, "The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda", *Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 10, 2008, pp. 399-411.

**Andrés Eduardo Salcedo Camacho\* (Colombia)**

## **La participación ciudadana como principal mecanismo de protección del medio ambiente\*\***

### **RESUMEN**

El presente artículo evalúa los estándares de protección del medio ambiente existentes en los contextos latinoamericano y colombiano, y resalta las herramientas que ha utilizado la participación ciudadana como única alternativa efectiva para solventar las deficiencias institucionales halladas, cuyo principal apoyo son los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales.

**Palabras clave:** participación ciudadana, medio ambiente.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der vorliegende Beitrag evaluiert die zur Zeit in Lateinamerika und Kolumbien gültigen Umweltschutznormen und arbeitet die Instrumente heraus, die im Rahmen der Bürgerpartizipation als wirksame Alternativen zur Lösung der aufgedeckten institutionellen Defizite zur Anwendung gekommen sind und die sich vor allem auf gerichtliche Entscheidungen stützen.

**Schlagwörter:** Bürgerpartizipation, Umwelt.

### **SUMMARY**

This article evaluates the environmental protection standards existing in the Latin American and Colombian context, and it highlights the tools that citizen participation

---

\* Abogado, especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. [andressc94@gmail.com](mailto:andressc94@gmail.com)

\*\* El presente artículo busca aportar soluciones para la protección del medio ambiente, en procura de erradicar la pobreza y las condiciones infrahumanas en las que son obligadas a vivir las personas asentadas en territorios cercanos a proyectos de explotación minera y petrolera.

has used as the only effective alternative for addressing the institutional deficiencies found, finding the pronouncements of the courts as the main support.

**Key words:** Citizen participation, environment.

## Introducción

*No se puede pasar un solo día sin tener un impacto  
en el mundo que nos rodea. Lo que hacemos marca la diferencia,  
y tenemos que decidir qué tipo de diferencia queremos hacer.*

JANE GOODALL

La explotación de recursos naturales no renovables ha generado una serie de discusiones de índole social, económica, jurídica y política debido a los intereses variados y contrapuestos que se han evidenciado. Los gobiernos generalmente abogan por la explotación de recursos, y tienen como principal argumento dinamizar la economía a través del fortalecimiento de la industria y la generación de empleo, mientras que la mayoría de la población considera que la explotación indiscriminada de recursos naturales conlleva efectos nocivos a corto, mediano y largo plazo que nunca se verán compensados con las ganancias económicas que se perciban.<sup>12</sup>

El análisis de esta dicotomía de posturas se realizará con base en las experiencias de Colombia, dado que es uno de los países con la mayor biodiversidad y, al mismo tiempo, con ideales económicos neoliberales que promueven la inversión extranjera. No obstante, este análisis será precedido por una reseña del contexto latinoamericano y de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dado que ello permite subrayar la importancia de abordar esta temática en toda la región y, además, pretende indagar si en otras latitudes se han encontrado soluciones intermedias que beneficien a todos los actores involucrados.

Expuesto el panorama latinoamericano, se señalarán brevemente los inconvenientes que se han presentado en las comunidades aledañas a los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables en Colombia, y las vías que ha encontrado la ciudadanía para proteger sus derechos fundamentales, bien sea promoviendo mecanismos de participación o a través de la instauración de acciones judiciales, planteando las ventajas y deficiencias de cada uno de estos mecanismos.

---

<sup>1</sup> Según la encuesta Brújula Minera del año 2017, solo el 36% de las personas tienen una opinión favorable de las empresas mineras y sus instituciones. Al respecto, ver Santiago Urdinola, “#MineríaBienHecha, única opción para Colombia”, *Ruta Minera: un camino a la minería bien hecha*, vol. 1, 2018, pp. 24-25.

<sup>2</sup> El rechazo generalizado frente a los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables también se evidencia en los resultados de las consultas populares, resumidos en el numeral 2.3 de este escrito.

## 1. Contexto internacional

### 1.1. Criterios a nivel latinoamericano: impotencia de la ciudadanía protectora del medio ambiente

Aunque en Latinoamérica hay una tendencia jurídica que procura por el bienestar ecológico y el respeto a los recursos naturales, enmarcada en un “constitucionalismo social”, lo cierto es que el marcado antropocentrismo ha permitido que la economía extractivista siga teniendo un gran impacto negativo en el medio ambiente.<sup>3</sup>

Por ejemplo, en Ecuador se puede participar en decisiones del medio ambiente a través de tres mecanismos: a) la consulta prelegislativa, como requisito que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida legislativa; b) la consulta previa, cuando exista la posibilidad de actividades de exploración y explotación, y c) la consulta ambiental, la cual se convoca cuando se expide cualquier decisión de una autoridad estatal que pueda afectar el medio ambiente.<sup>4</sup>

Dentro de este marco se demandó la Ley de Minería ecuatoriana, dado que no se realizó una consulta prelegislativa para su expedición; pese a que la autoridad constitucional no accedió a la demanda, se destaca que en el pronunciamiento judicial se estableció que los resultados de mecanismos como la consulta previa no son vinculantes, aunque aboga por la búsqueda del consenso entre autoridades y ciudadanos, lo cual se puede interpretar como la creación de un acto administrativo consensual.<sup>5</sup>

En Chile se permite la participación de indígenas o de la comunidad en general frente a las decisiones y consideraciones plasmadas en estudios de impacto ambiental. Esta participación comprende la consulta del expediente administrativo, la posibilidad de formular observaciones y el derecho a obtener una respuesta frente a las mismas; vale aclarar que aunque los procedimientos pueden variar entre sí, es válido que respecto de un mismo estudio de impacto ambiental participen tanto los indígenas como la comunidad en general.<sup>6</sup>

Pese a la promoción de la participación ciudadana, en Chile se ha aplicado la llamada doctrina Frei, que subordina la regulación ambiental al modelo económico

---

<sup>3</sup> David Esborraz, “El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza”, *Derecho del Estado*, núm. 36, enero-junio, 2016, pp. 93-129.

<sup>4</sup> Santiago Machuca, “Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores”, *Revista de Derecho*, núm. 21, 2014, pp. 129-149.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Juan Leppe, “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XLIV, 2015, pp. 369-384.

extractivista y se tiene como consigna que “ninguna inversión puede detenerse por motivos ambientales”, relegando a la ciudadanía a un papel de mero observador.<sup>7</sup>

En México, la minería ha traído diversos inconvenientes ambientales, lo cual se agrava por normatividades laxas con las empresas mineras, un Gobierno que no es estricto con dichas empresas y mecanismos deficientes de participación popular, pues, en la práctica, la participación de los indígenas no siempre es tenida en cuenta, y no hay un mecanismo que garantice la participación de campesinos u otros grupos de ciudadanos, lo cual ha llevado a que la comunidad se entere de los proyectos cuando observan el establecimiento de empresas mineras en el sector, sin importar que se trate de territorios sagrados o áreas protegidas.<sup>8</sup>

El papel de las comunidades en Perú también ha sido limitado, pues a pesar de que las consultas tienen un desarrollo legal en virtud del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), esta ley también sirvió para brindar validez a licencias preexistentes, sin que importaran las falencias jurídicas de las mismas.<sup>9</sup>

En resumen, el panorama latinoamericano no es muy alentador, pues la protección normativa es insuficiente y los pronunciamientos populares, si bien tienen cierta importancia formal, materialmente son muy limitados, lo cual lleva a que existan numerosos daños al medio ambiente.

## 1.2. Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: protección del medio ambiente como derecho conexo

Aunque la Corte IDH no ha proferido sentencias numerosas en torno a la protección del medio ambiente y la necesidad de consultas previas, sí ha emitido providencias que resultan relevantes para el objeto de estudio, aunque las mismas, generalmente, han protegido el medio ambiente como consecuencia de garantizar los derechos de las comunidades indígenas.

La postura jurisprudencial en torno a los derechos de los indígenas se puede ver resumida en la sentencia de la comunidad garífuna, donde la Corte IDH hizo un recuento de los derechos de las comunidades indígenas, señalando que la tradición de estas comunidades y su sentido de pertenencia se centra en el grupo y no en el individuo,<sup>10</sup> recalcando su concepción diferencial acerca del derecho a la propiedad

---

<sup>7</sup> Alejandro Pelfini y Rodrigo Mena, “Oligarquización y extractivismo. Cerrojos a la democratización de la política ambiental en Chile”, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 25, núm. 49, 2017, pp. 251-276.

<sup>8</sup> Luisa Paré, “La megaminería tóxica y el derecho a consulta. Caballo Blanco y la experiencia latinoamericana”, *Nueva Sociedad*, núm. 244, 2013, pp. 97-112.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Cfr. Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 79, párr. 148; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs.



y posesión, y la posibilidad de proteger este derecho en el marco de la Convención.<sup>11</sup> La interpretación diferencial de estos derechos es lo que ha suscitado pronunciamientos en torno a la protección del medio ambiente, en especial por el significado de la propiedad para los pueblos indígenas.

Ciertamente, muchas comunidades indígenas, debido a sus costumbres ancestrales, le otorgan a la propiedad un alcance distinto al convencional, dado que para ellos la tierra es sagrada, símbolo de vida y mecanismo de comunicación con la naturaleza; ello explica por qué actividades como la expropiación, el desplazamiento forzado y daños medioambientales provocan en estas comunidades un profundo malestar, que no puede ser resarcido con la entrega de dinero o viviendas, motivando a la Corte IDH a pronunciarse para requerirles a los Estados mayores herramientas de protección para estas comunidades.

Justamente, esta es una de las razones por las cuales la consulta que se les debe realizar a los pueblos indígenas por actividades industriales que les puedan afectar es previa y no posterior o concomitante, dado que realizar el restablecimiento del derecho de daños que hayan sufrido estas comunidades es una tarea que reviste gran complejidad.

Retomando el caso de la comunidad garífuna, en el mismo la Corte recalcó que los planes de desarrollo, inversión, exploración o extracción en territorios de comunidades indígenas debían respetar el derecho a la consulta previa, la cual debe realizarse desde las primeras medidas de planificación de la providencia propuesta, de forma conjunta con el estudio previo de impacto ambiental y social, aspecto que fue incumplido por el Gobierno de Honduras, al tener una legislación carente de precisión respecto de las etapas de la consulta.<sup>12</sup>

La Corte IDH ha resaltado, en casos como el de la Comunidad Mayagna Awas Tingni *vs.* Nicaragua (2001),<sup>13</sup> y la Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay (2010),<sup>14</sup> que los proyectos de desarrollo estatales deben ceder a los derechos de las comunidades indígenas, para proteger su supervivencia cultural.

Los pronunciamientos específicos en torno al medio ambiente no son numerosos, sin embargo, a través de una opinión consultiva indicó que los derechos a la vida y la integridad personal pueden ser afectados por daños al medio ambiente, por lo cual

---

Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 284, párr. 111.

<sup>11</sup> Cfr. Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146, párr. 120; Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros, *supra*, párr. 111.

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Garífuna de Punta de Piedra y sus miembros *vs.* Honduras, Sentencia del 8 de octubre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 211 a 224.

<sup>13</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, Sentencia del 24 de agosto de 2010.

los Estados deben adoptar medidas de prevención a través de una adecuada regulación, supervisión y fiscalización, de conformidad con el principio de precaución.<sup>15</sup> En este pronunciamiento también se destacó la importancia de la participación pública derivada del derecho de acceso a la información “relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente”.<sup>16</sup>

En suma, la protección del medio ambiente por parte de la Corte IDH ha sido por vía refleja o indirecta, a través de interconexión con la garantía de otros derechos fundamentales,<sup>17</sup> especialmente los derivados de las comunidades indígenas, cuando se demuestra la vulneración de los derechos de propiedad, vida, integridad personal, acceso a la información, entre otros. Empero, se considera que todavía hay carencias en el sistema de protección interamericano respecto de decisiones que protejan el medio ambiente de forma autónoma, sin que las consideraciones sobre otros derechos sean el pilar fundamental para emitir órdenes a los Estados.

## 2. Contexto colombiano

### 2.1. Efectos nocivos de la explotación de recursos naturales no renovables en Colombia

El rechazo generalizado de los ciudadanos a proyectos extractivistas, evidenciado a través de medios de comunicación, redes sociales, entrevistas, entre otros,<sup>18</sup> no es producto de ideologías políticas, sesgos informativos u oposiciones sin fundamento; por el contrario, las mismas se deben a la experiencia comprobada en torno a los efectos negativos de la explotación de recursos naturales no renovables, dado que altera la economía y las costumbres del municipio en donde se encuentran los recursos, sin contar con la afectación a otro tipo de recursos, como el agua.

---

<sup>15</sup> Con base en el principio de precaución, los Estados deben adoptar medidas eficaces para prevenir daños graves o irreversibles al medio ambiente, aun cuando no exista certeza científica. Al respecto, ver la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, principio 15.

<sup>16</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia.

<sup>17</sup> Gustavo Moreira y Valerio Mazzuoli, “Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm 5, 2015, pp. 19-50.

<sup>18</sup> Sobre el rechazo a los proyectos mineros, ver Nubia González, “La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica”. Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8987/52378961-2014.pdf?sequence=1>. En diversas comunidades también se han rechazado proyectos extractivistas, como se establece en Diana Murcia, *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*, Bogotá, Censat Agua Viva, Amigos de la Tierra-Colombia, 2014.

La población nota que la pasividad del Estado en torno al uso indiscriminado del agua y los daños a los ecosistemas se debe a que dentro de las políticas de explotación nunca se le ha dado un papel predominante al valor económico del medio ambiente, entendiéndolo que el mismo proporciona el entorno en el cual se desarrollan las actividades humanas, y contiene un valor intrínseco que es incalculable,<sup>19</sup> lo cual implica que cualquier afectación del mismo redunde automáticamente en un daño, también incalculable, y en muchas ocasiones irreversible, al ser humano.

A modo de ilustración de lo expuesto, en el barrio Potosí, en la ciudad de Bogotá D.C., se observan los impactos negativos de la minería debido al aumento de afectaciones respiratorias por parte de los habitantes,<sup>20</sup> sin que se hayan tomado medidas efectivas para remediar la situación.

Asimismo, en muchos de los municipios donde se realiza la explotación de recursos naturales no renovables, especialmente el oro, no se ha evidenciado un aumento significativo de la calidad de vida de la población aledaña; por el contrario, además de las afectaciones a la salud de los habitantes, los recursos obtenidos con las actividades de extracción no se invierten en el bienestar del municipio, por lo cual no se generan nuevas empresas, otras oportunidades de empleo, ni se construyen colegios u hospitales.<sup>21</sup>

En suma, la explotación de recursos naturales no renovables, a pesar de aumentar los ingresos de la nación, no traen consigo un adecuado plan de compensación para la población aledaña, quien es la víctima directa de las enfermedades y el estancamiento económico y social del municipio.<sup>22</sup>

## 2.2. Problemas ecológicos derivados de la legislación y la debilidad institucional

Vistos de forma sucinta los daños a la población generados por la explotación de recursos naturales, se pensaría que cualquier Estado social de derecho buscaría la

<sup>19</sup> Uclés Aguilera, “El valor económico del medio ambiente”, *Ecosistemas*, vol. 15, núm. 2, 2006, pp. 1-6.

<sup>20</sup> Ángela La Rotta y Mauricio Torres, “Explotación minera y sus impactos ambientales y en salud. El caso de Potosí en Bogotá”, *Saude Debate, Rio de Janeiro*, vol. 41, núm. 112, 2017, pp. 77-91.

<sup>21</sup> Ana Ibáñez y Mariana Laverde, “Los municipios mineros en Colombia: características e impactos sobre el desarrollo”, en *Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero*, 2014, pp. 203-297.

<sup>22</sup> Varios autores concuerdan con una disminución de la calidad de vida de la población cercana a actividades mineras. Por ejemplo, sobre las afectaciones al tejido social, ver Andrés Idárraga, “Exploración en La Colosa: entre ingenuidades e insinuaciones”. Disponible en: <http://censat.org/es/analisis/exploracion-en-la-colosa-entre-ingenuidades-e-insinuaciones-179>; en el mismo sentido, sobre la disminución de la calidad de vida en poblaciones mineras de Boyacá se puede consultar José Cely, Juan García y Fred Manrique, “Calidad de vida relacionada con la salud en población minera de Boyacá”, *Revista de Salud Pública*, vol. 19, núm. V, 2017, pp. 362-367.

forma de evitar las consecuencias de este tipo de actividades económicas a través de legislaciones completas y suficientes, acompasadas con procedimientos administrativos eficaces y garantistas, pero la realidad es que ello no es así.

En lo que respecta a la legislación, aunque se han establecido limitantes a la explotación en zonas neurálgicas y de suma relevancia ambiental, como los páramos, dicha previsión legal tiene un problema fundamental en su aplicación, porque no se ha podido establecer a ciencia cierta qué es un páramo.<sup>23</sup> A través de un pronunciamiento judicial, la Corte Constitucional puso de manifiesto que hay un déficit de protección de los páramos, lo cual no solo vulnera el derecho al ambiente sano, sino también el derecho fundamental al agua.

La Ley 685<sup>24</sup> no fue la legislación más afortunada, pues “prácticamente coloca al Estado como un observador en cuanto a la actividad minera, mientras que incentiva la inversión privada, lo cual se ratifica en los Planes de Desarrollo Minero desde el año 2002 hasta la actualidad”<sup>25</sup>

El proceso de obtención de licencia tampoco escapa de las críticas de los expertos; se ha establecido, por ejemplo, que con el Decreto 2820 de 2010 los métodos de evaluación de impacto ambiental son sesgados y, por tanto, no consiguen la eficacia deseada, aunado a que algunas actividades productivas que podrían generar impactos negativos al medio ambiente no requieren un proceso de licencia y evaluación de impacto ambiental.<sup>26</sup> Aunque se han expedido nuevas normas al respecto, como el Decreto 2041 de 2014, las críticas al proceso de obtención de licencia continúan.

A todo esto se suma la dificultad de una coordinación institucional –evidenciada en documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) y otros informes institucionales– para el establecimiento de directrices en torno a la explotación de recursos no renovables, la planeación del desarrollo sostenible y las dificultades para conciliar los intereses económicos con los parámetros constitucionales de protección del medio ambiente.<sup>27</sup>

Lo expuesto permite constatar que las instituciones colombianas no han sido las más idóneas para proteger el derecho al medio ambiente; por el contrario, los vacíos normativos y la debilidad de los procesos administrativos que evalúan el impacto ambiental parecen ir en contravía de las prerrogativas constitucionales plasmadas en la Carta Política.

---

<sup>23</sup> Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>24</sup> Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

<sup>25</sup> La Rotta y Torres, *op. cit.*, pp. 77-91.

<sup>26</sup> Javier Toro, Renson Martínez y Gabriela Arrieta, “Métodos de evaluación de impacto ambiental en Colombia”, *Revista de Investigación Agraria y Ambiental*, vol. 4, núm. 2, pp. 43-53.

<sup>27</sup> Carlos Uribe, “De la minería, la consulta pública, el medio ambiente, el desarrollo y el derecho”, *Vniversitas*, núm. 134, 2017, pp. 11-19.

### 2.3. Experiencias de la participación ciudadana respecto de la explotación de recursos naturales en Colombia

Ante la debilidad normativa y la ineficacia de los procesos administrativos, la ciudadanía ha encontrado dos mecanismos para proteger el medio ambiente: el primero, la interposición de acciones judiciales y, el segundo, la manifestación de su opinión a través de eventos electorales. El primer mecanismo será objeto de análisis en el próximo numeral, dado que para su adecuada comprensión es menester conocer cómo han sido los pronunciamientos populares respecto de la temática objeto de estudio.

La mejor forma de examinar la participación ciudadana en torno a la explotación de recursos en Colombia es a través de las consultas populares. Si bien la Constitución y las leyes consagran otras formas de participación, las consultas populares han tenido un mayor impacto a nivel mediático, lo cual ha popularizado su uso en los últimos años.

El mayor uso de las consultas populares también se debe a la entrada en vigencia de la Ley 1757 de 2015, dado que se crea la posibilidad de realizar dichas consultas por medio de una iniciativa ciudadana y no a través de los alcaldes. Aun así, la consulta debe ser avalada por el Concejo Municipal, por lo cual la participación de políticos no es eliminada del todo.

Aunque teóricamente las consultas populares pueden tener inconvenientes si se identifican con una participación democrática de tipo plebiscitario, donde por lo general hay una ausencia de debate y se presentan dificultades operativas,<sup>28</sup> lo cierto es que si se complementan con un modelo de participación deliberativa y la ampliación de mecanismos donde los ciudadanos puedan ejercer controles efectivos respecto de las actividades mineras.

Las consultas populares efectuadas permiten evidenciar el rechazo generalizado a actividades extractivas en diversos municipios, como se observa en la tabla 1. Pese a que los contundentes resultados de las consultas no dejan lugar a duda respecto de la postura del constituyente primario, el efecto vinculante de las mismas ha sido puesto en duda por el mismo Gobierno y por empresas del sector minero,<sup>29</sup> lo cual genera gran malestar en los ciudadanos que participan en estos eventos electorales.

La actitud del Gobierno nacional, que muchas veces respalda a las empresas mineras por encima de la voluntad del constituyente primario, parece ir en contravía de los preceptos constitucionales, no solo porque el mandato del pueblo soberano es

---

<sup>28</sup> Mario Montoya, Ana Vásquez y Nataly Montoya, “Coexistencia y uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia. El caso de Medellín”, *Estudios de Derecho*, núm. 72, 2016, pp. 217-242.

<sup>29</sup> Kristina Dietz, “Consultas populares mineras en Colombia: condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa”, *Colombia Internacional*, núm. 93, 2018, pp. 93-117.

**Tabla 1. Consultas populares**

Municipio	Temática consultada	Resultado
Piedras	Proyecto minero	No se permitió el proyecto, por decisión del 98,8% de la población
Tauramena	Proyecto minero	No se permitió el proyecto, por decisión del 96% de la población
Cabrera	Proyecto hidroeléctrico	No se permitió el proyecto, por decisión del 97,2% de la población
Cajamarca	Proyecto minero	No se permitió el proyecto, por decisión del 97,9% de la población
Cumaral	Proyecto de explotación petrolera	No se permitió el proyecto, por decisión del 97% de la población
Arbeláez	Proyecto de explotación petrolera	No se permitió el proyecto, por decisión del 98,5% de la población
Pijao	Proyecto minero	No se permitió el proyecto, por decisión del 98% de la población
Jesús María	Proyecto de explotación petrolera y minera	No se permitió el proyecto, por decisión del 97% de la población
Sucre	Proyecto de explotación petrolera y minera	No se permitió el proyecto, por decisión del 98% de la población

Fuente: elaboración propia.

obligatorio, sino también por la “Constitución verde”<sup>30</sup> y las obligaciones que tiene el Estado en torno al medio ambiente sano.

Esta ambivalencia de posturas, matizada por criterios medianamente uniformes de la Corte Constitucional, no deja de crear un clima de incertidumbre entre empresarios, inversionistas, ciudadanos, comunidades indígenas, afrodescendientes, ONG, entre otros, lo cual puede conllevar efectos económicos, políticos y sociales adversos.

No se puede dejar de lado que la preferencia por las consultas populares como forma de participación no es una situación aislada respecto del tema de la minería en particular, o que solo corresponda a Colombia por su contexto político y social específico.

<sup>30</sup> La Corte Constitucional colombiana ha señalado que la Carta de 1991 es una Constitución verde, dado que la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el ordenamiento jurídico, otorgando a los ciudadanos el derecho a un medio ambiente sano y al Estado deberes calificados de protección. Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-245/2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-622/2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Al respecto, se subraya que la preferencia por las consultas populares se enmarca en una crisis de la democracia representativa, originada por la pérdida de credibilidad de los gobernantes y congresistas –en gran medida por la corrupción–, y de los mismos partidos políticos, lo cual lleva a que sea la misma ciudadanía la que prefiera tomar sus decisiones, aunque se advierte que en determinados casos esta participación directa es promovida por un gobernante en búsqueda de legitimación de una decisión particular,<sup>31</sup> o de la rama ejecutiva, en general, en cumplimiento de los objetivos de transparencia y acceso a la información<sup>32</sup> o en busca de que la ciudadanía se acerque a los espacios democráticos establecidos institucionalmente.<sup>33</sup>

Europa tampoco fue ajena a este fenómeno, por lo cual se vio obligada a emitir lineamientos comunitarios que sirvieran para incentivar la participación directa, con la creación de la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE), la cual, a pesar de ser positiva, ha tenido dificultades, como la heterogeneidad de intereses del votante, la “sobrerrepresentación”, el idioma, entre otros.<sup>34</sup>

Esta crisis de la democracia se ve agravada con el fenómeno de la “desciudadanización”, consistente en la apatía de las personas por la política,<sup>35</sup> principalmente por la creencia de que la participación individual no trae consigo una modificación sustancial del sistema político. La “desciudadanización” también tiene lugar en Colombia, donde los resultados electorales, por lo general, indican una abstención de más del 50% del censo electoral.

En suma, el uso de consultas populares, por oposición a la representación a través de los órganos legislativos y deliberativos establecidos en el marco de la democracia representativa, responde a una crisis de dicha democracia que se evidencia a nivel mundial.

---

<sup>31</sup> María Eberhardt, “Democracias representativas en crisis. Democracia participativa y mecanismos de participación ciudadana como opción”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 33, 2015, p. 83-106.

<sup>32</sup> José Ruano, “Contra la participación: discurso y realidad de las experiencias de participación ciudadana”, *Política y Sociedad*, vol. 47, núm. 3, 2010, pp. 93-108. En Colombia se han adoptado diversas iniciativas para procurar la participación ciudadana y el acceso a la información, como las plasmadas en el programa de “Gobierno en Línea”.

<sup>33</sup> Juana Ruiloba, “¿Es el gobierno local un nuevo espacio para la participación ciudadana? El punto de vista de los alcaldes. El caso español”, *Estudios Políticos*, núm. 44, 2014, pp. 55-73.

<sup>34</sup> Isabel Báez, “Disfunciones de la democracia directa en la Unión Europea: corporativismo y ausencia de ciudadanía. El caso particular de la iniciativa ciudadana europea”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016, pp. 151-189.

<sup>35</sup> Carlos Piedra, “Crisis de partidos políticos en la Argentina: aproximación a un diagnóstico de su situación actual”, en Gerardo Ancarola *et al.*, *Calidad institucional o decadencia republicana*, Buenos Aires, Lajouane, 2007.

## 2.4. Decisiones judiciales sobre la explotación de recursos: la conciliación entre el Gobierno nacional y las estructuras locales

Con base en los anteriores apartados se pudo concluir que la explotación de recursos naturales en Colombia ha traído problemas sociales y sanitarios a la población, y que dicha problemática no ha podido ser solucionada a través de las estructuras de participación indirecta, hecho que ha producido un gran malestar en la población, y provocado que ella misma busque la forma de manifestar su inconformidad a través de un procedimiento electoral como la consulta popular.

Pese a los resultados contundentes de las consultas populares, lo cierto es que la discusión, lejos de finalizarse, se ahonda, pues el Gobierno se ve obligado a enfrentarse a los entes territoriales en los cuales se realizaron dichas consultas, debido a que requiere que se permita la explotación de recursos, no solo para favorecer la economía, sino también para garantizar la inversión extranjera a largo plazo.

La inconformidad del Gobierno lleva a que muchas veces ignore tanto a los alcaldes de los municipios donde se va a realizar la explotación de recursos, como a los contundentes resultados de las consultas populares. Ante ello, la ciudadanía, agotada de ver cómo su objetivo fracasa en otras instancias institucionales, acude a la rama judicial.

Cuando los ciudadanos colombianos requieren un pronunciamiento judicial para procurar la protección del medio ambiente, generalmente optan por una de las siguientes alternativas: la acción popular, la acción de tutela o la acción de inconstitucionalidad; respecto de la primera, en la mayoría de las ocasiones la decisión final la toma el Consejo de Estado, mientras que las otras dos alternativas tienen como órgano de cierre la Corte Constitucional.

En torno a las acciones populares se debe mencionar que las mismas no han sido tan utilizadas desde que el Congreso de la República, en una decisión no exenta de críticas,<sup>36</sup> decidió eliminar el incentivo para los actores.<sup>37</sup> Respecto del objeto de litigio en estas acciones, muchas se enfocaban en salubridad pública, contaminación visual, entre otros.

Pese a que el Consejo de Estado ha tenido importantes pronunciamientos, para efectos de este escrito se enfatizará en las providencias de la Corte Constitucional, por tres razones: i) es la intérprete auténtica de la Constitución,<sup>38</sup> ii) sus decisiones

---

<sup>36</sup> Cfr. Ángela Páez, Everaldo Lamprea y Catalina Piedrahíta, “Medio ambiente y acciones populares en Colombia: un estudio empírico”, *Vniversitas*, núm. 134, 2017, pp. 209-248.

<sup>37</sup> Si bien las acciones populares se siguen utilizando por parte de los ciudadanos, su uso fue menor cuando se eliminó el incentivo. Al respecto se puede consultar: Luz Vega, “Eliminación del incentivo económico de las acciones populares: constitucional pero inconveniente”, *Iter Ad Veritatem*, núm. 13, 2015, pp. 199-227.

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-386/1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.



son vinculantes para todas las autoridades, lo cual genera un mayor impacto, tanto mediático como jurídico, y iii) en la parte resolutive de sus sentencias propende a la adopción de soluciones definitivas a la problemática planteada, es decir, que no solo sean para el caso en concreto, sino que se puedan extender a situaciones análogas.

La Corte Constitucional, en constante jurisprudencia, ha tomado decisiones en procura de la defensa del medio ambiente y, en general, los derechos colectivos, por medio de sentencias de control de constitucionalidad y de tutela, donde además se ha exhortado a entidades del orden ejecutivo a tomar medidas en procura de proteger el medio ambiente.

En tratándose del control de constitucionalidad, los pronunciamientos de la Corte han sido motivados por demandas en contra del Código Minero y los planes nacionales de desarrollo, debido a que algunos de los lineamientos estipulados en dichas legislaciones no son acordes con la llamada “Constitución ecológica”<sup>39</sup> establecida en 1991.

A partir de esta Constitución ecológica se han definido principios, derechos y deberes que garantizan un desarrollo sostenible, y la figura del medio ambiente sano como un derecho del ciudadano y un deber del Estado. No obstante, la Corte ha aclarado que la protección del medio ambiente no es absoluta, toda vez que no se adopta una posición “puramente conservacionista respecto del medio ambiente”, lo cual obliga a conciliar, en cada caso particular, este derecho con derechos como la libertad económica.

Los deberes del Estado en torno al medio ambiente se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- i) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución;
- ii) igualmente se le asigna la obligación de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados; y como mandato final, iii) se le impone el deber de cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas.<sup>40</sup>

De la lectura de la Constitución, la Corte también ha establecido como deberes la prevención (evitar factores de deterioro ambiental, fomentar la educación ambiental y la participación de la comunidad), la mitigación (control de los factores de deterioro ambiental), la indemnización o reparación (por ejemplo, a través de medidas

---

<sup>39</sup> La Corte Constitucional de Colombia utiliza la expresión “Constitución ecológica” como sinónimo de “Constitución verde”.

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-259/2016, M. S. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

compensatorias por daños causados al medio ambiente) y la punición (imposición de sanciones administrativas y penales).<sup>41</sup>

Cabe resaltar que este amparo al medio ambiente no se concibe desde una visión puramente antropocéntrica, de tal forma que es procedente su protección sin que para ello importe la afectación particular que pueda sufrir determinado individuo, pues el medio ambiente comporta tres criterios con aristas diferenciales: a) el criterio económico, basado en la conciencia de recursos limitados y la necesidad de una explotación sostenible a largo plazo; b) el criterio biocéntrico, donde se concibe al hombre como parte de la naturaleza, y c) el criterio jurídico, a partir del cual se buscan las técnicas adecuadas para proteger los recursos naturales.<sup>42</sup>

En la Sentencia C-035/2016, anteriormente citada, se indicó que la posibilidad de que las empresas pudieran seguir explotando los recursos mineros en los páramos hasta que se venciera el término de su licencia era inconstitucional, debido a que la fragilidad de este tipo de ecosistemas impone el deber de detener de manera inmediata toda actividad extractiva, so pena de consecuencias irreparables.

Esta sentencia fue más allá, pues no solo declaró la inexecutable de la norma, sino que estableció criterios para la delimitación de los páramos, en aras de que la indeterminación conceptual establecida anteriormente en torno a dicho vocablo no lleve a que se tomen decisiones administrativas que contraríen los criterios científicos al respecto.

Pese a que el criterio adoptado fue positivo, la sentencia evadió temáticas importantes, como lo correspondiente a la democracia participativa y la contraposición de la minería con la seguridad alimentaria y la distribución de la tierra, aduciendo defectos de la demanda que impedían un análisis de fondo. Esta falencia fue indicada en el salvamento de voto y, sin duda, no se acompasa con el principio *pro actione*,<sup>43</sup> figura que poco a poco ha sido matizada por la misma Corte, estableciendo requisitos cada vez más rigurosos para estudiar cuestiones de fondo.

Además de ello, el salvamento de voto evidencia que la conciliación entre las autoridades locales y nacionales no es la solución adecuada, dado que surgen muchas inquietudes en torno a este diálogo coordinado entre autoridades, como la manera en la cual se articularán posturas contrapuestas y el papel de la participación ciudadana.

En relación con las discusiones entre el Gobierno nacional y los entes territoriales, se advierte que la organización unitaria del Estado indica, *prima facie*, que las políticas encaminadas a la regulación de la exploración y explotación minera

---

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-666/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>43</sup> El principio *pro actione* es una figura jurídica utilizada en las acciones de inconstitucionalidad colombianas, el cual establece que en caso de duda en torno al cumplimiento de los requisitos legales de la demanda, se debe resolver a favor del accionante, procurando un fallo de fondo respecto de la demanda referida. Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-346/2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

se deben adoptar a nivel central, en aras de establecer condiciones uniformes en la realización de estas actividades.

Fundamentados en los parámetros anteriores, el Gobierno nacional, la Procuraduría General de la Nación, la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI) y las empresas mineras han enfatizado en que los entes territoriales no tienen autonomía para decidir respecto de los recursos del subsuelo. Pese a esto, los alcaldes municipales, las ONG y la misma Corte Constitucional indican que los entes territoriales sí tienen potestad para disponer de sus recursos.<sup>44</sup> A continuación se observarán los argumentos jurídicos de la Corte para defender la autonomía de los entes territoriales.

La Corte empieza su análisis indicando que si bien Colombia es una república unitaria, la descentralización y el principio de autonomía territorial no pueden ser ignorados en la toma de decisiones relativas a la explotación de recursos naturales.

En lo tocante a la autonomía territorial, la Corte manifestó que los concejos municipales y distritales eran competentes para regular los usos del suelo, pues de lo contrario se vulnerarían los principios de concurrencia y coordinación derivados del artículo 288 de la Carta Política (Sentencia C-123/2014). Con base en estos razonamientos, la Corte manifestó que si bien las autoridades de nivel nacional pueden determinar las políticas de explotación de recursos naturales, cualquier política en este sentido debe realizarse de común acuerdo con “las autoridades territoriales concernidas”.

Con base en esta conciliación entre la república unitaria y la descentralización, se estableció que las licencias ambientales deben expedirse con autorización de la entidad del orden central designada por el Gobierno nacional y las corporaciones autónomas regionales (CAR), aunque el Gobierno nacional podrá expedir licencias ambientales de competencia de la CAR cuando se trate de un proyecto de incidencia nacional y no se vulnere el núcleo de autonomía de las CAR.<sup>45</sup>

Debido a esta decisión, la Corte Constitucional señaló que no era acorde con la carta política el hecho de que el Ministerio de Medio Ambiente pudiese revisar las decisiones de la CAR y revocarlas, si era del caso, toda vez que no se encontraba dentro de esta facultad un mayor nivel de protección de los derechos.<sup>46</sup>

En línea con lo expuesto, y en aras de comprender de una manera más completa la postura de la Corte respecto del eje temático expuesto, se revisarán otras decisiones de este tribunal en torno a la temática objeto de estudio. Por ejemplo, en la Sentencia C-035/2016 se promueve la demanda debido a que las Áreas de Reserva Estratégica Minera atentan contra los derechos colectivos, desconocen la protección

---

<sup>44</sup> Sandra Hincapié, “Extractivismo, consultas populares y derechos políticos. ¿El renacimiento de la democracia local en Colombia?”, *Reflexión Política*, vol. 19, núm. 37, 2017, pp. 86-99.

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-894/2003, C-554/2007, C-462/2008.

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-894/2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

de trabajadores agropecuarios y pretermiten los estudios de impacto ambiental, además de vulnerar el principio de democracia representativa por coartar la participación de las entidades territoriales respecto de los proyectos mineros.

Al resolver el caso, la Corte enfatizó en que las políticas extractivas afectan la autonomía de los entes territoriales para llevar a cabo un ordenamiento territorial, puesto que se modifica la vocación general del suelo, y concluye que si bien se podrán seguir realizando actividades mineras, ello solo se podrá efectuar luego de una participación “activa y eficaz” del municipio, de tal forma que las corporaciones autónomas regionales podrán expedir licencias ambientales siempre y cuando se trate de proyectos con incidencia nacional y no local, y no se vulnere el núcleo de autonomía de dichas corporaciones.

La preponderancia que han adquirido los entes territoriales encuentra su origen en el deber de realizar consultas previas a los pueblos indígenas, figura que no solamente se encuentra en la Constitución, sino también en la normatividad internacional, realidad reflejada en las decisiones de la Corte IDH citadas precedentemente.

Para proteger la consulta previa, la Corte ha dejado sin validez actuaciones administrativas que se han efectuado sin este requisito, como se resolvió en la Sentencia T-652/1998, donde se vulneraron los derechos fundamentales del pueblo indígena embera katío al no ser consultado respecto de la construcción de una hidroeléctrica.

Siguiendo la misma línea, en la Sentencia T-769/2009<sup>47</sup> se tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad bachidubi, Resguardo Río Murindó, dado que no se les consultó sobre una autorización otorgada a la compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación minera; asimismo, en la Sentencia T-1045A/2010,<sup>48</sup> la Corte también amparó el derecho a la consulta previa debido a que no se le brindó información a la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma en torno a una concesión para la explotación aurífera.

En ocasiones la omisión de la consulta previa se debe a la negligencia de los órganos estatales, como aconteció en el caso estudiado en la Sentencia T-547/2010, donde a pesar de que en el área donde se iba a realizar la construcción de un puerto multipropósito existían asentamientos de comunidades indígenas y afrodescendientes, el Ministerio del Interior emitió una certificación donde indicaba que no existía presencia de estos pueblos. Este dislate provocó que la Corte Constitucional suspendiera el proyecto, hasta tanto no se realizara la consulta previa con los respectivos estudios de impacto. En esta decisión también se concluyó que si existen dudas en torno al deber de realizar una consulta previa, se debe adelantar un escrutinio, “preliminar pero formal”, con las comunidades.

Estos casos permitieron crear una línea jurisprudencial que, a la postre, sirvió para que otras comunidades que no fueran indígenas o afrodescendientes también

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769/2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1045A/2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

pudiesen acudir a acciones de tutela por hechos similares, como los expuestos a través de la Sentencia T-348/2012,<sup>49</sup> donde una comunidad de pescadores se vio afectada por la construcción de una obra pública que se inició sin previo aviso, o la plataforma fáctica mostrada en la Sentencia T-294/2014,<sup>50</sup> donde varias comunidades protestaron por la imposición de un relleno sanitario cerca a sus viviendas sin que mediara un adecuado espacio informativo. En ambos casos, la Corte amparó los derechos fundamentales de los accionantes.

En la Sentencia T-361/2017<sup>51</sup> se abordó la temática tratada, pero desde una óptica distinta, pues en este caso la tutela se interpuso debido a que para la elaboración del acto administrativo que delimitaba el páramo de Santurbán (y, en consecuencia, señalaba las áreas en las cuales no se podía realizar la minería) no se realizaron audiencias públicas para escuchar a las comunidades. Este páramo tiene una extensión aproximada de 142.000 hectáreas y es uno de los más reconocidos en el país, lo cual genera un interés de toda la ciudadanía por la posible afectación de los recursos naturales que de él dependen.

De este proceso se destaca la posición de las empresas mineras: la empresa Eco oro Mineral Corp, directamente interesada por el resultado del acto administrativo demandado, notificó al Estado colombiano que iba a realizar una reclamación de arbitraje por la vulneración del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con Canadá, mientras que la Sociedad Minera La Elsy señaló que las actividades mineras generan un impacto ambiental mínimo.

En ese caso la Corte amparó el derecho a la participación pública de los accionantes y dejó sin efectos el acto administrativo demandado, aunque dicha declaratoria solo entró a regir un año después de la decisión judicial, ordenando que se delimitara nuevamente el páramo de Santurbán, a fin de garantizar la participación de la comunidad.

La Corte también tuvo la posibilidad de decidir sobre la constitucionalidad de las preguntas que se les formulaban a los ciudadanos en el marco de una consulta popular. En la Sentencia T-445/2016,<sup>52</sup> la Corte recaló la importancia de la participación y la protección del medio ambiente, así como la autonomía de los entes territoriales para regular el uso del suelo, pero consideró que la pregunta era inconstitucional, por cuanto inducía al votante a señalar una respuesta determinada,<sup>53</sup> lo cual impidió que se realizara la consulta popular programada.

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-348/2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-294/2014, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>51</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-361/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-445/2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>53</sup> La pregunta puesta a consideración era la siguiente: “¿Está usted de acuerdo, sí o no, con que en el municipio de Pijao se ejecuten actividades que impliquen contaminación del

Para terminar el recuento jurisprudencial, se destaca la Sentencia T-622/2016,<sup>54</sup> la cual, si bien no tiene origen en la vulneración de la consulta previa, sí fue trascendental para la protección del medio ambiente. En esta decisión se reconoce que el departamento del Chocó, que tiene una gran riqueza natural, se encuentra gravemente afectado por la actividad minera, entre otras cosas, por la contaminación de fuentes hídricas, hecho que no es nuevo en la región.<sup>55</sup>

La gravedad de lo comentado llevó a la Corte a declarar que el río Atrato, su cuenca y sus afluentes son una “entidad sujeta de derechos”, paradigma que sirve de fundamento para ordenar al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal del río y, en general, para señalar determinadas órdenes a órganos administrativos con la finalidad de protegerlo.

Pese a que las decisiones jurisprudenciales citadas son positivas para la protección del medio ambiente, en ocasiones no abarcan todos los aspectos necesarios para garantizar la preservación de los recursos naturales y el derecho constitucional fundamental de la consulta previa, como lo hizo notar el magistrado Jorge Iván Palacio en una aclaración de voto a la Sentencia C-389/2016, donde señaló que los procedimientos de licencias ambientales y participación eficaz de la ciudadanía en materia minera deben extenderse a la fase exploratoria y no solo a la fase de explotación, en concordancia con las manifestaciones de la Corte IDH reseñadas en este escrito.

El mismo magistrado, anteriormente, en la Sentencia C-395/2012,<sup>56</sup> había aclarado su voto recalcando que existe un déficit de protección de la consulta previa, originado en la omisión legislativa de la regulación de esta figura, pues actualmente no hay una normatividad adecuada que determine las características, los procedimientos y los efectos que produce este mecanismo de participación.

Las decisiones judiciales comentadas, si bien no protegen de forma completa el derecho al medio ambiente, sí otorgan una protección mucho más robusta a los ciudadanos, con lo cual se podría pensar que, ahora sí, la discusión planteada encontró una respuesta consistente. Sin embargo, la determinación de suspender o revocar licencias ambientales para proyectos en curso trae otro interrogante: ¿qué pasa con las empresas privadas que, con base en el principio de confianza legítima, invirtieron recursos considerables en la ejecución de proyectos que no podrán llevar a cabo?

---

suelo, pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agropecuaria del municipio, con motivo de proyectos mineros?”.

<sup>54</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/2016, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>55</sup> Por ejemplo, el Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, en carta enviada en octubre de 2011 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) informó sobre las vulneraciones de derechos humanos que estaban sufriendo las comunidades de la cuenca del río Quito. Disponible en: <http://tierradigna.net/attachments/article/19/Comunicacion%CC%81n%20CIDH%20Mineri%CC%81a%20ilegal%20Ri%CC%81o%20Quito.pdf>

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-395/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Si bien esta inquietud, por su complejidad, amerita un escrito posterior, puede tener una respuesta preliminar, con base en las decisiones que ha tomado la Corte Constitucional, toda vez que dicho tribunal menciona que el Estado puede limitar, condicionar o prohibir los contratos de concesión –los cuales son los que normalmente se utilizan para ejecutar la explotación de recursos naturales–.

Con fundamento en esta idea, la Sentencia C-035/2016<sup>57</sup> recalcó la prohibición de realizar minería en páramos, sin importar que hubiese contratos de concesión previamente en curso, acudiendo a los siguientes argumentos: i) la limitación o prohibición del contrato de concesión busca proteger bienes jurídicos de mayor importancia; ii) no se puede sujetar la actividad legislativa a intereses particulares, pues se invertiría la regla constitucional de prevalencia del interés general.

En ese tenor, aunque las autoridades judiciales son enfáticas en que es posible suspender contratos de concesión que afecten al medio ambiente, todavía no hay claridad respecto de las consecuencias que pueda sufrir el Estado, tanto en el ámbito nacional como internacional, por este tipo de decisiones, dado que las empresas mineras afectadas iniciarán demandas para recuperar los recursos invertidos y percibir las ganancias proyectadas.

## Conclusiones

Tanto en el contexto latinoamericano como en el colombiano se han encontrado problemas en torno al manejo de recursos naturales, originados en los diversos intereses que rodean dicha actividad. Asimismo, en los dos contextos se encuentra un déficit de protección desde el punto de vista normativo que genera daños medioambientales y a la salud humana irreparables, el cual trata de compensarse con escasas decisiones de la Corte IDH.

En el contexto colombiano, la ciudadanía, al comprobar la debilidad institucional para la protección del medio ambiente, optó por pronunciarse en ámbitos locales, a través de las consultas populares, las cuales sirvieron para corroborar la animadversión por los proyectos de explotación de recursos naturales no renovables.

La contundencia de estos resultados originó que el Gobierno nacional o central hiciera caso omiso a esas consultas, por motivos de inconveniencia política y económica, lo que, a su vez, obligó a la ciudadanía a manifestar nuevamente su inconformidad, esta vez por medio de demandas ante órganos jurisdiccionales.

Aunque los pronunciamientos de la Corte Constitucional procuran la protección del medio ambiente, en ocasiones lucen insuficientes debido a que los efectos nocivos de la explotación de recursos naturales y los intereses contrapuestos son

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

hechos cuya ocurrencia y permanencia en el tiempo son de difícil control, aun para la autoridad encargada de interpretar y proteger la carta política.

En resumen, la discusión, lejos de agotarse, está a la espera de nuevos capítulos y escenarios donde los interesados manifiesten sus puntos de vista y lleguen a puntos de encuentro, más aún cuando se evidencia que una postura radical sobre la protección del medio ambiente puede implicar un estancamiento económico y demandas de las empresas privadas que ejecutan este tipo de actividades.

Naturalmente, la solución no será fácil de encontrar, pues depende de cambios estructurales, como un compendio normativo acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, procedimientos administrativos que le brinden seguridad a la ciudadanía sobre la veracidad de los estudios de impacto ambiental efectuados, organismos de vigilancia y supervisión competentes y con herramientas para proteger eficazmente el medio ambiente, y la búsqueda de formas alternativas de producción que le permitan al Estado dejar de lado la explotación de recursos no renovables para acudir a otras fuentes de ingreso, igual o más rentables.

## Bibliografía

- AGUILERA, Uclés, “El valor económico del medio ambiente”, *Ecosistemas*, vol. 15, núm. 2, 2006, pp. 1-6.
- BÁEZ, Isabel, “Disfunciones de la democracia directa en la Unión Europea: corporativismo y ausencia de ciudadanía. El caso particular de la iniciativa ciudadana europea”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 18, 2016, pp. 151-189.
- CELY, José, Juan GARCÍA y Fred MANRIQUE, “Calidad de vida relacionada con la salud en población minera de Boyacá”, *Revista de Salud Pública*, vol. 19, núm. V, 2017, pp. 362-367.
- DIETZ, Kristina, “Consultas populares mineras en Colombia: condiciones de su realización y significados políticos. El caso de La Colosa”, *Colombia Internacional*, núm. 93, 2018, pp. 93-117.
- EBERHARDT, María, “Democracias representativas en crisis. Democracia participativa y mecanismos de participación ciudadana como opción”, *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, núm. 33, 2015, pp. 83-106.
- ESBORRAZ, David, “El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza”, *Derecho del Estado*, núm. 36, enero-junio, 2016, pp. 93-129.
- GONZÁLEZ, Nubia, “La concesión minera en Colombia: un análisis desde el marco normativo y regulatorio frente a los principios de seguridad y estabilidad jurídica”. Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8987/52378961-2014.pdf?sequence=1>
- HINCAPIÉ, Sandra, “Extractivismo, consultas populares y derechos políticos. ¿El renacimiento de la democracia local en Colombia?”, *Reflexión Política*, vol. 19, núm. 37, 2017, pp. 86-99.



- IBÁÑEZ, Ana y Mariana Laverde, “Los municipios mineros en Colombia: características e impactos sobre el desarrollo”, en *Insumos para el desarrollo del Plan Nacional de Ordenamiento Minero*, 2014, pp. 203-297.
- IDÁRRAGA, Andrés, “Exploración en La Colosa: entre ingenuidades e insinuaciones”. Disponible en: <http://censat.org/es/analisis/exploracion-en-la-colosa-entre-ingenuidades-e-insinuaciones-179>
- LA ROTTA, Ángela y Mauricio TORRES, “Explotación minera y sus impactos ambientales y en salud. El caso de Potosí en Bogotá”, *Saude Debate, Rio de Janeiro*, vol. 41, núm. 112, 2017, pp. 77-91.
- LEPPE, Juan, “Consulta indígena y procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Análisis de una relación normativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XLIV, 2015, pp. 369-384.
- MACHUCA, Santiago, “Análisis de la sentencia n.º 001-10-SIN-CC. Casos n.º 0008-09-IN y 0011-09-IN sobre acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería y efectos posteriores”, *Revista de Derecho*, núm. 21, 2014, pp. 129-149.
- MONTOYA, Mario, Ana VÁSQUEZ y Nataly MONTOYA, “Coexistencia y uso estratégico de los modelos de participación política en los procesos de transformación urbana en Colombia. El caso de Medellín”, *Estudios de Derecho*, núm. 72, 2016, pp. 217-242.
- MOREIRA, Gustavo y Valerio MAZZUOLI, “Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm 5, 2015, pp. 19-50.
- MURCIA, Diana, *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios*, Bogotá, Censa Agua Viva. Amigos de la tierra-Colombia, 2014.
- PÁEZ, Ángela, Everaldo LAMPREA y Catalina PIEDRAHÍTA, “Medio ambiente y acciones populares en Colombia: un estudio empírico”, *Vniversitas*, núm. 134, 2017, pp. 209-248.
- PARÉ, Luisa, “La megaminería tóxica y el derecho a consulta. Caballo Blanco y la experiencia latinoamericana”, *Nueva Sociedad*, núm. 244, 2013, pp. 97-112.
- PELFINI, Alejandro y Rodrigo MENA, “Oligarquización y extractivismo. Cerrojos a la democratización de la política ambiental en Chile”, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 25, núm. 49, 2017, pp. 251-276.
- PIEDRA, Carlos, “Crisis de partidos políticos en la Argentina: aproximación a un diagnóstico de su situación actual”, en Gerardo Ancarola *et al.*, *Calidad institucional o decadencia republicana*, Buenos Aires, Lajouane, 2007.
- RUANO, José, “Contra la participación: discurso y realidad de las experiencias de participación ciudadana”, *Política y sociedad*, vol. 47, núm. 3, 2010, pp. 93-108.
- RUILOBA, Juana, “¿Es el gobierno local un nuevo espacio para la participación ciudadana? El punto de vista de los alcaldes. El caso español”, *Estudios Políticos*, núm. 44, 2014, pp. 55-73.
- TORO, Javier, Renson MARTÍNEZ y Gabriela ARRIETA, “Métodos de evaluación de impacto ambiental en Colombia”, *Revista de Investigación Agraria y Ambiental*, vol. 4, núm. 2, 2013, pp. 43-53.

URIBE, Carlos, “De la minería, la consulta pública, el medio ambiente, el desarrollo y el derecho”, *Vniversitas*, núm. 134, 2017, pp. 11-19.

URDINOLA, Santiago, “#MineríaBienHecha, única opción para Colombia”, *Ruta Minera: un camino a la minería bien hecha*, vol. 1, 2018, pp. 24-25.

VEGA, Luz, “Eliminación del incentivo económico de las acciones populares: constitucional pero inconveniente”, *Iter Ad Veritatem*, núm. 13, 2015, pp. 199-227.

**Francisco J. Menin\*** (Argentina)  
**Jaquelina G. Cinalli\*\*** (Argentina)

## **Juventud y participación en Iberoamérica: en busca de un nuevo paradigma constitucional**

### **RESUMEN**

Las normas constitucionales sobre participación de la juventud se establecieron bajo el paradigma del mayo francés de 1968, buscando encauzar institucionalmente la ebullición juvenil, pero su contenido resultó simbólico e insustancial. La realidad de la juventud se ha modificado, y en la actualidad prima la necesidad de inclusión socioeconómica, que demanda un nuevo paradigma constitucional que realmente integre a la juventud mediante la participación.

**Palabras clave:** juventud, participación, constitución.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die Verfassungsbestimmungen über Jugendpartizipation wurden im Einklang mit dem Paradigma des französischen Mai von 1968 als Versuch eingeführt, das Aufbegehren der Jugend in institutionelle Bahnen zu lenken. Sie haben jedoch symbolischen Charakter und keine materiellrechtliche Wirkung. Angesichts der neuen Realitäten, vor denen die Jugend steht, hat heute die notwendige sozioökonomische Inklusion oberste Priorität. Dafür ist ein neues Verfassungsparadigma erforderlich, das die Jugend über ihre Partizipation tatsächlich integriert.

**Schlagwörter:** Jugend, Partizipation, Verfassung.

---

\* Abogado. Docente adscrito, Universidad Nacional de Rosario; secretario de Gestión de Unidad Fiscal en el Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe, Argentina. fmenin@mpa.santafe.gov.ar

\*\* Abogada, Universidad Nacional de Rosario. Profesora Superior en Derecho, Universidad Católica Argentina; docente. jaquelinacinalli@hotmail.com

## SUMMARY

The constitutional norms governing the participation of young people were established under the paradigm of the French May 1968, seeking to institutionally prosecute youthful turmoil, but its content was symbolic and insubstantial. The reality of young people has changed, and today the need for socioeconomic inclusion prevails, which demands a new constitutional paradigm that truly integrates young people through participation.

**Key words:** Young people, participation, constitution.

## Introducción

Desde el inicio de la era industrial la sociedad ha vivido diversos cambios que determinaron la constitución de la juventud como una nueva etapa de la vida, que se caracteriza por ser el tránsito entre la niñez y la adultez, y por poseer características específicas que la constituyen en un grupo social con necesidades particulares, diferentes de los menores y los adultos. En general, los procesos constitucionales de organización del Estado le vedaron a la juventud la posibilidad de participación mediante disposiciones que establecieron límites etarios para ocupar cargos electivos. Por este motivo, la participación de la juventud en los procesos públicos quedó reducida naturalmente a expresiones secundarias y colaterales.

El mayo francés de 1968, y los sucesos vinculados, demostraron a los estamentos gubernamentales que la juventud se había constituido en una parte relevante de la sociedad que demandaba ser escuchada. En consecuencia, los textos constitucionales posteriores receptaron expresiones vagas sobre la participación juvenil en un intento tímido de encauzar sus necesidades en un marco institucional. Las décadas pasaron y la situación de la juventud cambió radicalmente, para constituirse en una etapa de la vida donde priman la vulnerabilidad y la potencialidad de exclusión del entramado social. Sin embargo, los textos constitucionales no han sido aún receptivos a la nueva realidad, y se mantienen sujetos al paradigma del mayo francés en lo relativo a la participación. El presente trabajo tiene la intención de abordar estas circunstancias y abrir un espacio de debate sobre las necesidades actuales de participación de la juventud en Iberoamérica.

## 1. Nociones previas

### 1.1. La juventud

Establecer un concepto de juventud es una tarea de extrema dificultad, puesto que es un producto histórico, socioeconómico y cultural. En esencia, es posible entender

a la juventud como una brecha temporal entre la niñez y la vida adulta, y como tal su existencia en las diversas etapas de la historia humana se encuentra determinada por la presencia o carencia de factores socioeconómicos y culturales que la propicien o desfavorezcan. Como tendencia general, la mayor complejidad de las sociedades, de sus sistemas productivos y la generación de excedentes económicos favorecieron la emergencia de una etapa asimilable a la juventud.<sup>1</sup> Bajo estos factores determinantes se presentaron antecedentes de juventud en Grecia, Atenas y Roma, pero su emergencia como forma social masiva en el mundo occidental se produjo a partir de la era industrial. A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, la primera Revolución Industrial, su consecuente modernización social y política, la consolidación de los Estados burocráticos nacionales, y la expansión de la educación propiciaron la masificación de un periodo de vida entre la niñez y la juventud, que se consolidó de forma definitiva en el siglo XX.<sup>2</sup>

Las ciencias sociales, durante los siglos XIX y XX, identificaron los cambios y elaboraron múltiples construcciones teóricas que arribaron a diversas posturas sobre el fenómeno social de la juventud, en función de sus preconcepciones y los cambios socioeconómicos que abordaron en cada etapa de la historia.

En el marco de la sociología se presentan visiones que niegan la existencia de la juventud y visiones que la aceptan y establecen una explicación al fenómeno social. Entre las visiones negativas sobre la juventud se destaca la posición marxista gramsciana del Centro para los Estudios Culturales Contemporáneos de la Universidad de Birmingham, que puso el acento en la relación entre clases, y denunció que la noción de juventud es un conglomerado interclasista que oculta la dominación de clase subyacente en las sociedades.<sup>3</sup> Asimismo, Pierre Bourdieu, desde una concepción constructivista, planteó que tanto la juventud como la vejez no son categorías absolutas, sino posiciones sociales que se producen y modifican con base en dinámicas de relaciones de poder, y sirven como herramienta para imponer límites, distribuir el poder y producir un orden determinado.<sup>4</sup> Por su parte, entre las visiones positivas, una primera postura es el enfoque de los ciclos vitales, que entiende que la vida de las personas y su pertenencia a unidades familiares se estructura en ciclos, y la juventud en particular es conceptualizada como una etapa de espera, una moratoria, en pos de la adquisición de las pautas de la vida adulta.<sup>5</sup> Otra posición es el enfoque conflictualista de la generación, que se basa en el conflicto de jóvenes y adultos,

---

<sup>1</sup> Carles Feixa, *De jóvenes, bandas y tribus – Antropología de la Juventud*, 2<sup>nd</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1999, p. 27.

<sup>2</sup> Sandra Souto Kustin, “Juventud, teoría e historia: la formación de un sujeto social y de un objeto de análisis”, *HAOL Historia Actual Online*, núm. 13, 2007, p. 172.

<sup>3</sup> Martín Criado, *Producir la juventud*, Madrid, Ediciones Istmo, 1998, p. 33.

<sup>4</sup> Pierre Bourdieu, *Sociología y cultura*, México, D.F., Grijalbo, 2002, pp. 162 y 163.

<sup>5</sup> Joaquín Casal *et al.*, “Aportaciones teóricas y metodológicas a la sociología de la juventud desde la perspectiva de la transición”, *Papers: Revista de Sociología*, núm. 79, 2006, pp. 24 y 25.

dinámica en la cual los jóvenes representan los valores vinculados al cambio social, y poseen una tendencia a la anomia y al narcisismo.<sup>6</sup>

Finalmente, la concepción de la sociología de la transición entiende que la juventud es un proceso socialmente estructurado y articulado de itinerarios de transición entre la niñez y la vida adulta. El proceso de transición se produce en todos los aspectos de la vida de una persona, pero son determinantes la transición de la educación al trabajo y del hogar de origen al hogar propio, y en particular adquieren especial relevancia los límites y las dificultades que el joven enfrenta en la transición, como el desempleo o la imposibilidad de constituir un hogar.<sup>7</sup> Asimismo, esta postura establece la delimitación de la juventud desde la emergencia de la pubertad física hasta la adquisición de la emancipación familiar y laboral plena,<sup>8</sup> por lo cual, el comienzo tiene un carácter biológico que permite una relativa estandarización, pero no es posible establecer un límite temporal para la emancipación definitiva porque los itinerarios personales son heterogéneos.

La psicología, en su concepción freudiana, planteaba que la pubertad fisiológica era el elemento determinante que separaba los niños de los adultos, por lo cual no se presentaba receptiva a estadios de vida intermedios. En desarrollos posteriores, la corriente de la psicología evolutiva o del desarrollo estableció la posibilidad de fragmentar la vida del ser humano en función de otras circunstancias y analizar otras facetas. En este marco teórico se destaca la teoría del desarrollo psicosocial de Erik Erikson, que fragmenta la vida en etapas en función de una particular característica psicosexual y una crisis psicosocial básica. Para Erikson, el estadio del joven comienza con la culminación de la madurez psicosexual de la adolescencia, y su crisis psicosocial básica es la tensión entre la fuerza positiva de la intimidad que lo lleva a confiar en alguien para relacionarse afectivamente y la fuerza negativa del aislamiento afectivo.<sup>9</sup> Es, por tanto, una etapa donde se desarrolla la capacidad de establecer una relación sexual saludable con otra persona amada con quien se pueda compartir confianza mutua y regular y proyectar.<sup>10</sup> También resulta de interés la postura de Kenneth Keniston, desarrollada en el marco de las protestas juveniles de finales de la década de los sesenta, que postula que lo que caracteriza a la juventud como estadio psicológico es la falta de resolución de las cuestiones que definen a la adultez, a saber: las relaciones con la sociedad existente, la vocación, el

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 26 a 28.

<sup>7</sup> Ignasi Brunet y Alejandro Pizzi, "La delimitación sociológica de la juventud", *Última Década*, núm. 38, 2013, p. 15.

<sup>8</sup> Joaquín Casal *et al.*, "Pasado y futuro del estudio sobre la transición de los jóvenes", *Papers: Revista de Sociología*, núm. 96/4, 2011, pp. 1150 y 1151.

<sup>9</sup> Erik Erikson, *El ciclo de vida completado*, trad. E. Prieto, México, Paidós Mexicana S.A., 1988, pp. 90 y 91.

<sup>10</sup> Nelson Bordignon, "El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto", *Revista Lasallista de Investigación*, vol. 2, núm. 2, 2005, p. 57.

rol social y el estilo de vida.<sup>11</sup> Por su parte Jeffrey Arnett, a principios del siglo XXI, desarrolló la teoría de la adultez emergente, y señala que se trata de un espacio de la vida donde se exploran las diferentes direcciones posibles en el amor, el trabajo y las visiones del mundo.<sup>12</sup>

## 1.2. La participación y las políticas públicas

La participación es, en esencia, el acto de participar, tomar parte en algo que es de interés de la persona,<sup>13</sup> y puede desplegarse en todos los ámbitos de la vida humana, estatal e institucional; en lo relativo a este trabajo, en las políticas públicas. En virtud de la definición de Oszlak y O'Donnell, entendemos las políticas públicas como el conjunto de acciones u omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, el interés o la movilización de otros actores de la sociedad civil.<sup>14</sup>

Respecto del análisis interno de los procesos de participación, Arnstein, en la década de los sesenta, desarrolló un esquema representado en una escalera en función del grado creciente de intervención de los participantes. De esta forma, en la relación entre el Estado y el ciudadano pueden presentarse, en primer lugar, dos instancias: la manipulación y la terapia, donde los ciudadanos no participan estrictamente sino que son objeto de estrategias disuasivas por parte del Estado.<sup>15</sup> Luego, se presentan tres instancias que pueden entenderse como participación simbólica: la información, donde el Estado se limita a informar al ciudadano; la consulta, donde el Estado legitima su política pública mediante la consulta a la opinión del ciudadano, y el apaciguamiento, donde los ciudadanos tienen la posibilidad de aconsejar al Estado pero este se reserva el derecho de decisión.<sup>16</sup> Y, finalmente, se presentan tres grados de genuino poder ciudadano: en primer lugar, la asociación, donde el Estado y los ciudadanos comparten responsabilidades en el marco de estructuras formales; el poder delegado, donde los ciudadanos adquieren herramientas para garantizar el adecuado rendimiento de cuentas en las políticas públicas, y, finalmente, el control

---

<sup>11</sup> Kenneth Keniston, "Youth: A 'New' Stage of Life", *American Scholar*, vol. 39, núm. 4, 1970, pp. 633 y 634.

<sup>12</sup> Jeffrey Arnett, "Emerging Adulthood: A Theory of Development from the Late Teens through the Twenties", *American Psychologist*, vol. 55, núm. 5, 2000, p. 469.

<sup>13</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=S09ab8h>

<sup>14</sup> Oscar Oszlak y Guillermo O'Donnell, "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación", *Redes*, vol. 2, núm. 4, 1995, pp. 112 y 113.

<sup>15</sup> Sherry Arnstein, "A Ladder of Citizen Participation", *Journal of the American Planning Association*, núm. 35: 4, 1969, pp. 218 a 219.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 219 a 221.

ciudadano, donde los ciudadanos poseen el control absoluto sobre el proceso de generación de políticas públicas.<sup>17</sup>

## **2. Antecedentes constitucionales del derecho de la juventud**

Las referencias a una franja etaria correspondiente a la juventud o a la adolescencia comienzan en el constitucionalismo social de principios del siglo pasado, y en términos generales aludían a la protección contra la explotación laboral, el abandono y la responsabilidad del Estado de atender a sus necesidades. Esta característica puede observarse en el artículo 122 de la Constitución de la República de Weimar de 1919, en el artículo 46 de la Constitución de 1931 de la Segunda República Española, en las Constituciones de 1934 y 1937 del Brasil de Getulio Vargas, en el artículo 40 de la Constitución de 1934 de Uruguay durante la dictadura de Gabriel Terra, y en el artículo 45 de la Constitución de Cuba de 1949.

Fueron los países que luego de la Segunda Guerra Mundial quedaron bajo la órbita de la Unión Soviética los que desarrollaron los primeros antecedentes constitucionales sobre el derecho a la participación de la juventud en las políticas públicas. En este sentido, la Constitución de Rumania de 1952, en su artículo 100, estableció el derecho de las asociaciones de jóvenes a presentar nominaciones para la elección de diputados al poder legislativo, y, en su versión de 1965, que consagró constitucionalmente el pasaje de una república popular a una república socialista, en el artículo 80 dispuso que el primer secretario del Comité Central de la Unión de Jóvenes Comunistas del país poseía un lugar como miembro del Consejo Nacional de Ministros. Por su parte, en 1968, la República Democrática Alemana dictó una Constitución que en su artículo 20 estableció que la juventud tiene todas las oportunidades para participar responsablemente en el desarrollo del sistema socialista. Dichas normas, tan ajenas a nuestras corrientes constitucionales, tuvieron una influencia refleja sobre el constitucionalismo iberoamericano que determinó el ingreso del derecho a la participación de la juventud.

## **3. El derecho a la participación de la juventud y el paradigma del mayo francés**

### **3.1. El contexto político y social de las décadas de los sesenta y setenta**

Sobre finales de la década de los sesenta y principios de los setenta se presentó un proceso de protagonismo social y político de la juventud que cambió totalmente su

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 221 a 224.



rol en el espacio público. En el marco general de la guerra fría, el rechazo a la guerra de Vietnam, los procesos independentistas del tercer mundo y el movimiento por los derechos civiles, la juventud fue encontrando canales de expresión y protesta en el movimiento *hippie* y el movimiento por la libertad de expresión iniciado en la Universidad de Berkeley. El conjunto de elementos se retroalimentó y adquirió especial radicalidad en el proceso de protestas de 1968, que se iniciaron en la Universidad de Nanterre, y se expandieron por París, Berlín, Atenas, Milán, Río de Janeiro, Tokio, México y Madrid.

Las jornadas de 1968 adquirieron especial crueldad en México donde, ante la inminencia de las Olimpiadas de 1968,<sup>18</sup> el Gobierno reprimió ferozmente al movimiento estudiantil en la Plaza de las Tres Culturas del Complejo Tlatelolco, con un saldo de muertos ocultado para siempre, pero que oscila desde la cifra oficial de 20 hasta especulaciones periodísticas que llegan a 1500.<sup>19</sup> En América Latina, en general, el fenómeno se presentó en el marco de una expresión política juvenil más extrema, puesto que a la tendencia de descontento y transformación juvenil se sumó la experiencia de la Revolución Cubana de 1959, y la posibilidad de una revolución socialista o comunista en los países de la región.

En su conjunto se trató de un movimiento internacional en los países occidentales que representó un rechazo frontal a una sociedad que entendieron volcada al consumismo, hipócrita y conformista.<sup>20</sup> En América Latina los sectores juveniles expresaron mediante su participación en espacios de izquierda su disconformidad con el modelo de desarrollo capitalista, con la pobreza de la región, con la desigualdad social y la dependencia con respecto a los países desarrollados.<sup>21</sup> El proceso cambió completamente el paradigma bajo el cual la sociedad y el Estado concebían a la juventud, que comenzó a ser considerada como una nueva categoría social crítica y disruptiva.<sup>22</sup>

La radicalidad de las expresiones políticas de la juventud puso en jaque a los sistemas políticos de Occidente y motivó intentos de contención de las inquietudes juveniles mediante la participación en marcos institucionales. En las Naciones Unidas el tratamiento de la juventud era primigenio y enfocado esencialmente en normas relativas a la educación y la imposición de valores de paz y entendimiento bajo el paradigma de posguerra. Los sucesos de 1968 cambiaron sustancialmente el enfoque y su primera expresión normativa fue la Resolución 2497 de 1969 de la Asamblea General que instó a los países a dar a la juventud y a las organizaciones juveniles

<sup>18</sup> Pablo Barragán, "El Movimiento de 1968", *Alegatos*, núm. 70, 2008, p. 312.

<sup>19</sup> Kate Doyle, "Los muertos de Tlatelolco", *Proceso*, núm. 1561, 2006, p. 17.

<sup>20</sup> Juan Sánchez Prieto, "La historia imposible del Mayo Francés", *Revista de Estudios Políticos - Nueva Época*, núm. 112, 2001, p. 110.

<sup>21</sup> Yanko González y Carles Feixa, *La construcción histórica de la juventud en América Latina: bohemios, rockanroleros & revolucionarios*, Santiago de Chile, Editorial Cuarto Propio, 2013, p. 98.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 97.

una oportunidad adecuada de participar en la preparación y ejecución de los planes nacionales de desarrollo y los programas de cooperación internacional,<sup>23</sup> con lo que se dio inicio a un sendero normativo en el derecho internacional y constitucional.

### 3.2. La expresión constitucional

En el ámbito iberoamericano, las normas constitucionales sobre la juventud que se dictaron durante la década de los setenta tuvieron dos influencias centrales. La primera, menos reconocida en la actualidad, es de la corriente de constitucionalismo socialista o marxista. La Constitución de Cuba de 1974 tomó preceptos relativos a la juventud y, en especial, a su participación por medio de la Unión de Jóvenes Comunistas en su artículo 6. La Constitución de Cuba influyó en lo relativo a la juventud en la Constitución de Portugal de 1976, sancionada luego de la Revolución de los Claveles.<sup>24</sup> Y el texto lusitano, asimismo, influyó en la temática específica en la Constitución de España de 1978,<sup>25</sup> que receptó en su texto el deber del Estado de fomentar la participación de la juventud, estableciendo una tendencia que se expandió en las constituciones de Colombia, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Bolivia y República Dominicana.

El texto constitucional español establece el derecho a la participación de la juventud en dos normas.<sup>26</sup> En primer lugar, el artículo 27.7 determina el derecho de los alumnos a intervenir en la gestión de los centros de enseñanza sostenidos con fondos públicos, y, en segundo lugar, el artículo 48 establece el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.<sup>27</sup> El contenido del artículo 48 es el que intenta abrir una brecha para la participación juvenil y determina la característica propia del constitucionalismo español sobre la juventud. Expresa Rallo Lombarte que el artículo responde al activismo de los movimientos juveniles de la década de los sesenta, y a la necesidad que estos impusieron a las fuerzas políticas clásicas de tomar en cuenta el nuevo tipo de demandas.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> Organización de las Naciones Unidas, *Resolución Asamblea General A/RES/2497(XXIV), Los jóvenes, su educación en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, sus problemas y necesidades, y su participación en el desarrollo nacional*, 28 de octubre de 1969. Disponible en: [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2497\(XXIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/2497(XXIV))

<sup>24</sup> Jorge Miranda, "La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 60-61, 1988, p. 597.

<sup>25</sup> Artemi Rallo Lombarte, "La juventud como sujeto titular de derechos constitucionales", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 1, 1992, p. 111.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>27</sup> Reino de España, Constitución Española, artículo 48, "Participación de la juventud. Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural".

<sup>28</sup> Rallo Lombarte, *op. cit.*, p. 113.

El contenido del artículo 48 es superficial y simbólico, carente de contenido específico, lo cual fue advertido en el proceso de redacción constitucional, donde diversos parlamentarios plantearon sin éxito proyectos de enmienda que buscaban dotar de contenido e institucionalidad a la disposición, entre ellos los diputados Hipólito Gómez de las Rocas y José María Mercader, y los senadores Atanasio Corte Zopico y Luis María Xirinacs.<sup>29</sup>

Es necesario indicar que la Constitución española, en su artículo 53, establece dos tipos de normas conforme a su operatividad: por un lado, los derechos y libertades del Capítulo II del Título I, y, por otro, los principios rectores de la política social y económica que se establecen en el Capítulo II del Título I. El artículo 48 pertenece a este grupo, al que el texto constitucional le limita la virtualidad en la que su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Pero esta característica no debe llevar a entender que el artículo 48 es irrelevante, puesto que como expresan Goig y Núñez, los principios rectores son normas constitucionales dirigidas a los poderes públicos, y también derechos, aunque no de la misma naturaleza que los derechos subjetivos, sin perjuicio que conforme a las normas que los regulen adquieran esa condición.<sup>30</sup> Asimismo, superando la interpretación gramatical de la norma, estos autores señalan que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España entiende que la calificación del Estado español como Estado social y democrático de derecho refleja la interacción entre Estado y sociedad, e implica el reconocimiento de derechos y libertades, no solo de derechos civiles y políticos, sino también de los de carácter económico, participativo y social, y la trascendencia social del ejercicio de los derechos y las libertades,<sup>31</sup> toda vez que impone a los poderes públicos una actuación positiva para el ejercicio eficaz de estos derechos y libertades que eliminen los obstáculos que puedan surgir, en aras de hacerlos efectivos.<sup>32</sup>

Del artículo 48 de la Constitución española surge el sustrato normativo que luego influyó en el artículo 45 de la Constitución de la República de Colombia de 1991,<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Congreso de los Diputados, *Trabajos parlamentarios de la Constitución Española*, 2<sup>nd</sup> ed., Madrid, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, pp. 157, 434, 2766, y 2865. Disponible en: [http://www.congreso.es/est\\_consti/](http://www.congreso.es/est_consti/)

<sup>30</sup> Juan Manuel Goig Martínez y María Acracia Núñez Martínez, “El fomento de la juventud participativa. Tratamiento constitucional, desarrollo legislativo y políticas públicas”, *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 94, 2011, p. 34.

<sup>31</sup> Tribunal Constitucional de España, Sentencia 18/1984 de 7 de febrero. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/271>

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional de España, Sentencia 6/1981 de 16 de marzo. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6>. Goig Martínez y Núñez Martínez, *op. cit.*, p. 35.

<sup>33</sup> República de Colombia, Constitución Política de Colombia, artículo 45, “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la

en el artículo 56 de la Constitución de la República de Paraguay de 1992,<sup>34</sup> en el artículo 79 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999,<sup>35</sup> en el artículo 39 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008,<sup>36</sup> en el artículo 59.V de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009,<sup>37</sup> y en el punto 13 del artículo 55 de la Constitución de la República Dominicana conforme a su enmienda de 2015.<sup>38</sup>

## 4. El derecho a la participación de la juventud y el paradigma del siglo XXI

### 4.1. El contexto socioeconómico de la juventud a finales del siglo XX y principios del siglo XXI

En 1973 se produjo la crisis del petróleo que provocó un aumento desmesurado del precio de la energía y conllevó cambios económicos en las sociedades occidentales. El aumento de los costos puso un límite al modelo económico del Estado de bienestar,

---

participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

<sup>34</sup> República de Paraguay, Constitución de la República, artículo 56, “De la juventud. Se promoverán las condiciones para la activa participación de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural del país”.

<sup>35</sup> República Bolivariana de Venezuela, Constitución, artículo 79, “Los jóvenes y las jóvenes tienen el derecho y el deber de ser sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta y, en particular, para la capacitación y el acceso al primer empleo, de conformidad con la ley”.

<sup>36</sup> República del Ecuador, Constitución, artículo 39, “El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento”.

<sup>37</sup> Estado Plurinacional de Bolivia, *Constitución Política*, Artículo 59.V, “El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la ley”.

<sup>38</sup> República Dominicana, Constitución, artículo 55.13, “Se reconoce el valor de los jóvenes como actores estratégicos en el desarrollo de la Nación. El Estado garantiza y promueve el ejercicio efectivo de sus derechos, a través de políticas y programas que aseguren de modo permanente su participación en todos los ámbitos de la vida nacional y, en particular, su capacitación y su acceso al primer empleo”.

y como respuesta se aplicaron soluciones neoliberales que implicaron un desmantelamiento del aparato estatal y la desregulación económica. Socialmente, el cambio de paradigma económico implicó el pasaje de una etapa de relativo pleno empleo y salarios con elevado poder adquisitivo, a un contexto de desempleo estructural y salarios con bajo poder adquisitivo.

El contexto general no fue positivo para la juventud. La ausencia de empleo contribuyó a una dependencia extendida de sus familias, se hizo evidente el límite a las concepciones revolucionarias y contraculturales sobre la juventud, y los jóvenes vivieron una situación de incertidumbre sobre su futuro.<sup>39</sup> Las experiencias de vida de los jóvenes habían cambiado significativamente respecto de las de sus padres; y esto se manifestó en las relaciones con su familia y amigos, en su tránsito por los trayectos educativos y en el mercado de trabajo, y en la capacidad de establecerse como adultos independientes.<sup>40</sup> La falta de una linealidad entre el sistema educativo y el sistema laboral provocó una discontinuidad del ingreso de los jóvenes a la adultez y los obligó a permanecer en su estado juvenil dependiente.<sup>41</sup>

La complejidad que adquirió la transición a la vida adulta no mejoró en las décadas siguientes, en virtud de las sucesivas crisis económicas de los países latinoamericanos. El desempleo y el empleo precario se impusieron como el nuevo paradigma de la juventud. En ese marco, la sociología de la transición teorizó la complejidad de la juventud en el contexto del mundo posmoderno y la sociedad del riesgo, que se caracteriza por constantes cambios socioeconómicos, la ruptura de la transición lineal entre la escuela y el trabajo, la carencia de referencias familiares sobre las que basarse, la sensación de carencia de tradición comunitaria, y la fragmentación de las experiencias humanas.<sup>42</sup> Si bien la transición a la vida adulta siempre ha sido difícil, en la actualidad las transiciones son más largas y adquieren una tendencia al riesgo y la vulnerabilidad, que puede desembocar en afecciones a la salud mental, desórdenes alimentarios, suicidios o involucramiento en actividades criminales.<sup>43</sup>

El derrotero de la juventud en el nuevo contexto socioeconómico echó por tierra el paradigma del mayo francés. La juventud ya no puede ser considerada un elemento disruptivo de la sociedad cuya participación debe ser encauzada institucionalmente a fin de preservar la continuidad de los sistemas políticos, sino que debe entenderse como un grupo social que ejerce su actitud innovadora y transgresora en un marco de múltiples vulnerabilidades. Ya no es un grupo al que se debe apaciguar mediante la participación, sino que es un grupo que debe ser integrado al entramado social, económico y político mediante la participación.

---

<sup>39</sup> González y Feixa, *op. cit.*, p. 102.

<sup>40</sup> Andy Furlong y Fred Cartmel, *Young people and social change. New Perspectives*, 2<sup>nd</sup> ed., Berkshire, McGraw-Hill, 2007, p. 1.

<sup>41</sup> González y Feixa, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>42</sup> Furlong y Cartmel, *op. cit.*, pp. 1 a 10.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 11.

## 4.2. En busca de una expresión constitucional

La nueva realidad de la juventud fue impregnando los textos constitucionales de Latinoamérica. Como hemos citado previamente, las constituciones de Venezuela, Ecuador y República Dominicana, entre otras, enfocan el tratamiento sobre la juventud en su carácter de actores estratégicos del desarrollo y en su incorporación al mundo del trabajo. Sin embargo, el cambio de paradigma no ha impregnado en lo relativo al derecho a la participación. Los textos constitucionales citados continúan la tendencia de la norma española, carentes de contenido concreto.

No obstante, es posible encontrar un nuevo paradigma normativo en la legislación de Brasil. En 2010, la Constitución de la República Federativa de Brasil realizó la enmienda constitucional 65/2010 que modificó el artículo 227 e incorporó normativa relativa a la juventud, con el fin de asegurar los derechos fundamentales que ya estaban asegurados para niñas, niños y adolescentes.<sup>44</sup> Paradójicamente el texto constitucional no recepta de forma específica la participación, pero establece en el punto octavo del artículo que por ley deberá dictarse un Estatuto de Juventud destinado a regular los derechos de los jóvenes.<sup>45</sup>

El Estatuto de Juventud de Brasil fue dictado mediante la Ley 12.852 del año 2013, y reguló de forma amplia la participación juvenil. En primer lugar, el artículo 2 establece que la valorización y promoción de la participación social y política de la juventud, sea de forma directa o mediante sus representantes, debe ser un principio rector del accionar del Estado.<sup>46</sup> Asimismo, el artículo 3 establece que los agentes públicos o privados involucrados en políticas públicas de juventud deben tener como directriz general incentivar la participación juvenil en la formación e implementación de las políticas públicas de juventud, así como también ampliar las alternativas de su participación activa en los espacios de decisión.<sup>47</sup> Luego, de

---

<sup>44</sup> Denise Vargas, *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010, p. 723.

<sup>45</sup> República Federativa Do Brasil, Constituição, artículo 227, “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas”.

<sup>46</sup> República Federativa Do Brasil, Estatuto da Juventude, artículo 2, “O disposto nesta Lei e as políticas públicas de juventude são regidos pelos seguintes princípios: [...] II - valorização e promoção da participação social e política, de forma direta e por meio de suas representações”.

<sup>47</sup> República Federativa Do Brasil, Estatuto da Juventude, artículo 3, “Os agentes públicos ou privados envolvidos com políticas públicas de juventude devem observar as seguintes diretrizes: [...] II - incentivar a ampla participação juvenil em sua formulação, implementação e

forma específica, el artículo 4 establece el derecho del joven a la participación social y política en la formulación y ejecución de las políticas públicas de juventud, y determina que por participación entiende la inclusión como actor central en espacios públicos y comunitarios, la participación activa en acciones de políticas públicas, la participación individual y colectiva en acciones en defensa de sus derechos, y la efectiva inclusión en los espacios públicos de decisión con derecho a voz y voto.<sup>48</sup> Por su parte, el artículo 5 establece el marco institucional de relación entre la juventud y el Estado al indicar que el vínculo puede materializarse por medio de asociaciones, redes, movimientos y organizaciones juveniles.<sup>49</sup> Finalmente, como expresión concreta de participación juvenil, en su artículo 45 el Estatuto crea los consejos de juventud e indica que son órganos permanentes, autónomos, no jurisdiccionales, encargados de tratar las políticas públicas de juventud y de dar garantía al ejercicio de los derechos de los jóvenes, los cuales deben estar compuestos por organizaciones de la sociedad civil.<sup>50</sup>

---

avaliação; III – ampliar as alternativas de inserção social do jovem, promovendo programas que priorizem o seu desenvolvimento integral e participação ativa nos espaços decisórios”.

<sup>48</sup> República Federativa Do Brasil, Estatuto da Juventude, artículo 4, “O jovem tem direito à participação social e política e na formulação, execução e avaliação das políticas públicas de juventude. Parágrafo único. Entende-se por participação juvenil: I – a inclusão do jovem nos espaços públicos e comunitários a partir da sua concepção como pessoa ativa, livre, responsável e digna de ocupar uma posição central nos procesos políticos e sociais; II – o envolvimento ativo dos jovens em ações de políticas públicas que tenham por objetivo o próprio benefício, o de suas comunidades, cidades e regiões e o do País; III – a participação individual e coletiva do jovem em ações que contemplem a defesa dos direitos da juventude ou de temas afetos aos jovens; e IV – a efetiva inclusão dos jovens nos espaços públicos de decisão com direito a voz e voto”.

<sup>49</sup> República Federativa Do Brasil, Estatuto da Juventude, artículo 5, “A interlocução da juventude com o poder público pode realizar-se por intermédio de associações, redes, movimentos e organizações juvenis. Parágrafo único. É dever do poder público incentivar a livre associação dos jovens”.

<sup>50</sup> República Federativa Do Brasil, Estatuto da Juventude, artículo 45, “Os conselhos de juventude são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados de tratar das políticas públicas de juventude e da garantia do exercício dos direitos do jovem, com os seguintes objetivos: I – auxiliar na elaboração de políticas públicas de juventude que promovam o amplo exercício dos direitos dos jovens estabelecidos nesta Lei; II – utilizar instrumentos de forma a buscar que o Estado garanta aos jovens o exercício dos seus direitos; III – colaborar com os órgãos da administração no planejamento e na implementação das políticas de juventude; IV – estudar, analisar, elaborar, discutir e propor a celebração de instrumentos de cooperação, visando à elaboração de programas, projetos e ações voltados para a juventude; V – promover a realização de estudos relativos à juventude, objetivando subsidiar o planejamento das políticas públicas de juventude; VI – estudar, analisar, elaborar, discutir e propor políticas públicas que permitam e garantam a integração e a participação do jovem nos processos social, econômico, político e cultural no respectivo ente federado; VII – propor a criação de formas de participação da juventude nos órgãos da administração pública; VIII – promover e participar de seminários, cursos, congressos e eventos correlatos para o debate de temas relativos à juventude; IX – desenvolver outras atividades relacionadas às políticas públicas de juventude. § 1o A lei, em âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal,

## Conclusión

El rol de la juventud y las concepciones sobre ella han variado durante los siglos XX y XXI. Los sucesos ocurridos en 1968 establecieron un paradigma bajo el cual la juventud fue entendida como un elemento disruptivo y naturalmente conflictivo para los sistemas sociales y políticos occidentales. Pueden observarse preconceptos de conflictividad en las concepciones sociológicas de Bourdieu o la corriente conflictualista de la generación, o en la postura de Keniston en el marco de la psicología. La apertura de canales para la participación de la juventud fue una estrategia de los estamentos gubernamentales para contener la ebullición juvenil, pero las normas constitucionales que las expresaron fueron vagas y vacías de contenido, y pueden intuirse intensiones simbólicas destinadas a no ser cumplidas de forma efectiva.

A medida que avanzaron las décadas de los ochenta, noventa y 2000, la concepción sobre la juventud cambió nuevamente, y puso el foco en la complejidad creciente de la transición a la vida adulta por factores económicos, sociales y culturales. Sin embargo, los cambios en la juventud no tuvieron un correlato constitucional en lo referente al derecho a la participación, lo que constituye una deuda normativa. El marco general de vulnerabilidad de la juventud requiere nuevas estructuras constitucionales de participación que logren integrarla al entramado social, económico y político mediante la participación. La constitución de espacios efectivos de participación juvenil, que se acerquen a los escalones más altos planteados por Arnstein, como intenta realizar el Estatuto de Juventud de Brasil, constituye el camino adecuado para integrar a la juventud a los sistemas sociales y políticos, y otorga vitalidad a la democracia, reduce la conflictividad social, y genera un sentimiento de pertenencia entre los jóvenes.

## Bibliografía

- ARNSTEIN, Sherry, "A Ladder of Citizen Participation", *Journal of the American Planning Association*, núm. 35, 1969, pp. 216-226.
- ARNETT, Jeffrey, "Emerging Adulthood: A Theory of Development from the Late Teens through the Twenties", *American Psychologist*, vol. 55, núm. 5, 2000, pp. 469-480.
- BARRAGÁN, Pablo, "El Movimiento de 1968", *Alegatos*, núm. 70, 2008, pp. 311-340.
- BORDIGNON, Nelson, "El desarrollo psicosocial de Eric Erikson. El diagrama epigenético del adulto", *Revista Lasallista de Investigación*, vol. 2, núm. 2, 2005, pp. 50-63.

---

disporá sobre a organização, o funcionamento e a composição dos conselhos de juventude, observada a participação da sociedade civil mediante critério, no mínimo, paritário com os representantes do poder público".



- BOURDIEU, Pierre, *Sociología y cultura*, México, D.F., Grijalbo, 2002.
- BRUNET, Ignasi y Alejandro PIZZI, “La delimitación sociológica de la juventud”, *Última década*, núm. 38, 2013, pp. 11-36.
- CASAL, Joaquín *et al.*, “Aportaciones teóricas y metodológicas a la sociología de la juventud desde la perspectiva de la transición”, *Papers: Revista de Sociología*, núm. 79, 2006, pp. 21-48.
- \_\_\_\_\_, “Pasado y futuro del estudio sobre la transición de los jóvenes”, *Papers: Revista de Sociología*, núm. 96/4, 2011, pp. 1139-1162.
- CRIADO, Martín, *Producir la juventud*, Madrid, Ediciones Itsmo, 1998.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid. Disponible en: [http://www.congreso.es/est\\_consti/](http://www.congreso.es/est_consti/)
- DOYLE, Kate, “Los muertos de Tlatelolco”, *Proceso*, núm. 1561, 2006, pp. 16-18.
- ERIKSON, Erik, *El ciclo de vida completado*, trad. E. Prieto, México, Paidós Mexicana, 1988.
- FEIXA, Carles, *De jóvenes, bandas y tribus – Antropología de la Juventud*, 2<sup>nd</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1999.
- FURLONG, Andy y Fred CARTMEL, *Young people and social change. New Perspectives*, 2<sup>nd</sup> ed., Berkshire, McGraw-Hill, 2007.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel y María Acracia NÚÑEZ MARTÍNEZ, “El fomento de la juventud participativa. Tratamiento constitucional, desarrollo legislativo y políticas públicas”, *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 94, 2011, pp. 29-48.
- GONZÁLEZ, Yanko y Carles FEIXA, *La construcción histórica de la juventud en América Latina: Bohemios, Rockanroleros & Revolucionarios*, Santiago de Chile, Editorial Cuarto Propio, 2013.
- KENISTON, Kenneth, “Youth: A ‘New’ Stage of Life”, *American Scholar*, vol. 39, núm. 4, 1970, pp. 632-654.
- MIRANDA, Jorge, “La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 60-61, 1988, pp. 569-606.
- OSZLAK, Oscar y Guillermo O’DONNELL, “Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”, *Redes*, vol. 2, núm. 4, 1995, pp. 99-128.
- RALLO LOMBARTE, Artemi, “La juventud como sujeto titular de derechos constitucionales”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 1, 1992, pp. 105-118.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: [dle.rae.es](http://dle.rae.es)
- SÁNCHEZ PRIETO, Juan, “La historia imposible del Mayo Francés”, *Revista de Estudios Políticos – Nueva Época*, núm. 112, 2001, pp. 109-133.
- SOUTO KUSTIN, Sandra, “Juventud, teoría e historia: la formación de un sujeto social y de un objeto de análisis”, *HAOL Historia actual online*, núm. 13, 2007, pp. 171-192.
- VARGAS, Denise, *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010.

**Rubén A. Guía Chirino\*** (Venezuela)  
**Roberto Hung Cavalieri\*\*** (Venezuela)

## **Perspectivas de la participación ciudadana a la luz de la *blockchain***

### **RESUMEN**

La participación ciudadana efectiva es pieza fundamental para la construcción de una sociedad civil democrática sana; con los avances tecnológicos podemos decir que se han incrementado exponencialmente los medios a través de los cuales los ciudadanos pueden participar, pero estos nuevos mecanismos pueden considerarse, dependiendo de donde se mire, como insuficientes. Por ello en estas líneas plantearemos cómo las criptomonedas y la *blockchain* pueden ayudar a crear la ciudadanía 3.0 o la sociedad autogobernada. Pero también, cómo las nuevas tecnologías pueden servir a las tiranías que hoy día están utilizándolas para crear las dictaduras 3.0.

**Palabras clave:** democracia, tecnologías, *blockchain*.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die effektive Bürgerpartizipation ist eine wesentliche Komponente beim Aufbau einer gesunden demokratischen Zivilgesellschaft. Angesichts der technologischen Fortschritte können wir feststellen, dass die Mittel und Wege für die Mitwirkung der Bürger exponentiell zugenommen haben, diese Mechanismen jedoch je nach Sichtweise

---

\* Abogado de la Universidad Santa María; especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, primero en su promoción. Director de *Culturajuridica.org*; director del Centro de Cultura Digital; miembro del Consejo Editorial de la *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica* de la Asamblea Nacional de Venezuela; miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. [rGuiago@gmail.com](mailto:rGuiago@gmail.com)

\*\* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello; magíster en Derecho Económico Europeo de la Université de Droit, d'Economie et des Sciences D'Aix-Marseille; especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila; maestrando en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires (Argentina); maestrando en Estado de Derecho Global y Democracia Constitucional, titulación conjunta Universidad de Girona y Universidad de Génova. [rhungc@gmail.com](mailto:rhungc@gmail.com)

auch als unzureichend gelten können. Deshalb soll im Folgenden dargelegt werden, welchen Beitrag Kryptowährungen und Blockchain zum Aufbau der Bürgerbeteiligung 3.0 bzw. einer selbstbestimmten Gesellschaft leisten können. Zugleich wird aber auch aufgezeigt, wie die neuen Technologien tyrannischen Regimen dienen, die sie heute zum Aufbau von Diktaturen 3.0 nutzen.

**Schlagwörter:** Demokratie, Technologien, Blockchain.

## SUMMARY

Effective citizen participation is a fundamental piece for the construction of a healthy democratic civil society. We can say that technological advances have exponentially increased the means by which citizens can participate, but, depending on one's perspective, these new mechanisms may be considered to be insufficient. Therefore, we will discuss how cryptocurrencies and blockchain can help to create Citizenship 3.0 or a self-governed society, as well as how new technologies can serve the tyrannies that are using technology today to create Dictatorships 3.0.

**Key words:** Democracy, technologies, blockchain.

## Introducción

Las tecnologías avanzan a un ritmo vertiginoso, al punto que parece que las fronteras de los Estados poco a poco se van difuminando para dar paso a una nueva nación global; el lenguaje de programación se perfila como la forma de comunicación universal. Gracias a las evoluciones tecnológicas escuchamos más seguido que internet es un “país” o una “nación”, que hoy día ya cuenta con dinero propio, las criptomonedas, que fluyen dentro de este y, de cierta forma, fuera de él, al punto que impactan las maneras en que hoy en día nos relacionamos en lo económico y lo político.

La evolución que sobre estos temas permite la tecnología parece a simple vista ir siempre un paso adelante del derecho, ya que no existen posiciones de consenso en lo jurídico, situación que puede ser consecuencia de las pocas fuentes de investigación dirigidas a los juristas que no cuentan con conocimientos previos de funcionamiento tecnológico, lo que puede resultar una desventaja para la creación de doctrina. Sin embargo, ello no constituye obstáculo alguno, así que podemos afirmar *ubi societas, ibi ius*: donde hay sociedad, hay derecho, y en el entorno tecnológico ambas convergen; es allí, entonces, donde los principios generales del derecho, así como los derechos humanos, nos brindan, gracias a su amplitud, espacios para argumentar en pro de la tecnología y la libertad de innovar.

Por ello resulta de mucho interés el estudio de la tecnología *blockchain* o cadena de bloques, nueva tecnología que se perfila para lograr cambios sustanciales en muchos aspectos de nuestras vidas, que abarcan desde lo económico, pasando por lo laboral, sanitario y, por lo visto, lo político, donde se espera que se produzcan

cambios a mediano plazo, ya que existen países que están implementando en su sistema de votación esta tecnología.

Pero más allá de los aplicativos que se han venido implementando en los procesos de participación, llama poderosamente la atención una figura nueva que se ha producido, en primer lugar, gracias a las redes distribuidas y, en segundo lugar, a la cadena de bloques y su capacidad de generar moneda virtual, que se conoce por su acrónimo en inglés como DAO (Decentralized Autonomous Organization), que si bien analizaremos con detenimiento más adelante, podemos adelantar que se perfila como una evolución de la democracia tradicional e incluso de la digital.

Pero antes de analizar las DAO, es necesario exponer qué son las criptomonedas, su naturaleza jurídica y, de cierta manera, atrevernos a señalar un régimen jurídico adecuado para estas, ya que sin estos conceptos claros no se puede comprender en su total dimensión a las DAO y su potencial de cambio político-social, todo ello a la luz del derecho a la participación ciudadana y autodeterminación individual, que nos llevará a la ciudadanía 3.0.

## 1. *Blockchain* y criptomonedas: tecnologías disruptivas

Alguna vez alguien dijo que la tecnología de las criptomonedas es comparable al descubrimiento del fuego, en el sentido de que el hombre, una vez consiguió tal avance, no pudo abandonarlo del todo por el impacto en su calidad de vida. Algo similar ocurre en el caso de las criptomonedas y la cadena de bloques, que difícilmente pasarán al olvido, y cada vez serán más usadas. Pero dejémosnos de analogías ornamentales y contextualicemos un poco.

La primera criptomoneda acogida<sup>1</sup> de forma masiva fue puesta en marcha por una persona o grupo de personas aún desconocidas hoy en día, bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto, quien en 2008 hizo público un *white paper* o libro blanco denominado *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*.<sup>2</sup> En ese mismo ensayo, Satoshi Nakamoto inventó la *blockchain*, tecnología que sirve de libro de cuentas alojado en una red distribuida de par a par (P2P) para que se realicen las transacciones de las criptomonedas.

Bitcoin se presenta, en medio de la crisis bancaria de las denominadas *subprime* o burbuja inmobiliaria, como una evolución de las tecnologías y del sistema financiero que ya conocemos; se plantea un cambio de esquema en los medios de pago electrónicos que almacenan dinero digital que, al decir de Satoshi Nakamoto, no eran del todo confiables, ya que dependían de terceros, como los bancos centrales y

---

<sup>1</sup> Existen antecedentes de criptomonedas, que incluso el creador de Bitcoin los cita en su ensayo.

<sup>2</sup> Satoshi Nakamoto, *Bitcoin.org*. Disponible en: [https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin\\_es\\_latam.pdf](https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf)

bancos privados, que hacen el manejo de la tecnología muy engorroso y que además presentaban muchos inconvenientes de seguridad y privacidad.

A grandes rasgos, la propuesta de Satoshi es que todas las operaciones que ocurren –en el caso de bitcoin, ya que cada criptomoneda posee su propia *blockchain* con esquemas de funcionamiento distinto– pasen por un tercero confiable distinto a la banca tradicional, en este caso suplantado por algoritmos y computadoras que le dan vida a la *blockchain*, la cual funciona de la siguiente manera: cada transacción se debe almacenar en un bloque que ha de cerrar en promedio cada diez minutos; una vez que se cierra cada bloque, junto con todas las transacciones que se den en ese periodo de tiempo, es necesario identificarlo mediante un *hash* basado en el algoritmo SHA256; ese identificador ha de ser develado por los nodos “mineros” mediante la resolución de un desafío matemático, que en definitiva está diseñado para que su “descubrimiento” ocurra de forma probabilística.

Una vez que se da con el identificador *hash*, dicha operación debe ser validada por el resto de los nodos, cuando ya se cuenta con la validación de la red, inicia el proceso nuevamente, en el que el identificador *hash* previamente develado sirve para calcular el identificador *hash* del siguiente bloque, y así se crea un encadenamiento de los bloques entre sí; de allí es que la tecnología toma el nombre de *blockchain* o cadena de bloques. Con este proceso se solucionan de cierta manera los problemas del doble gasto (*double-spending*), y de “los generales bizantinos”,<sup>3</sup> y se deja de lado a los terceros que son necesarios para crear confianza en las operaciones *on line*, y así estas pueden realizarse de forma más directa.

Ya identificado y validado el bloque por la red –resto de los mineros–, el nodo que resolvió el desafío matemático es recompensado con una cantidad de bitcoins correspondiente al momento; actualmente (marzo de 2018) esa recompensa es de 12,5 bitcoins, que se reducirá a la mitad cada 210.000 bloques; es decir en un promedio de cuatro años.

De cada una de las operaciones almacenadas en los bloques encadenados se conserva en cada uno de los servidores de la red una copia inmodificable, con el fin de que sea casi imposible, en la práctica, destruir esa información y con ello la red, ya que en el momento en que se escriben estas líneas, la red *blockchain* de bitcoin cuenta con alrededor de 12.000 nodos<sup>4</sup> que conservan la información de las transacciones, con una capacidad de cómputo que ronda los 26.000.000 de Terahash por segundo (TH/s).<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> El problema de los generales bizantinos consiste en una alegoría mediante la cual se procura una solución por consenso en un ambiente limitado e inseguro en el que pudiendo haber múltiples órdenes, incluso contradictorias y adversas –en el caso de un escenario de guerra con generales en los que pudiese existir algún traidor–, se asegure que todos los generales leales acuerden un mismo plan de acción (Lamport, Shostak *et al.*, The Byzantine Generals Problem, 1982. Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.12.1.697&rep=rep1&type=pdf>)

<sup>4</sup> Dato que se puede verificar en tiempo real. Disponible en: <https://bitnodes.earn.com/>

<sup>5</sup> Dato auditable en tiempo real. Disponible en: <https://blockchain.info/es/charts/hash-rate>

Otro de los factores innovadores de la tecnología es la implementación de la criptografía de forma distinta a como venía siendo utilizada en el sistema financiero, ya que el dinero digital existía incluso implementada la criptografía, y, en definitiva, el bitcoin y las criptomonedas son dinero digital apalancado en la criptografía; es decir, la criptografía se utiliza para proteger su “cadena” de información, así como el acceso a los fondos transferibles.

### 1.1. La participación de la “criptocidadanía” en la *blockchain* de bitcoin

Algunos de los aspectos que llaman poderosamente la atención en el movimiento bitcoin son: i) su código abierto y ii) la manera como son resueltos los problemas de funcionamiento y mejoramiento por parte de la comunidad.

Que el código de bitcoin sea abierto crea confianza, ya que cada día es auditado por los programadores entusiastas alrededor del mundo, y con ello se logra una garantía de que dentro de sus bases no existan elementos fraudulentos. Por otra parte, la ventaja de que su fuente sea abierta es la posibilidad de que la comunidad pueda emprender modificaciones a su funcionamiento; es decir, si se quiere mejorar o eliminar algún detalle –como la capacidad de almacenamiento del bloque–, cualquier persona con la capacidad técnica lo puede hacer, mas no implementar, ya que para poner en marcha las modificaciones planteadas es necesario instalarlas en cada uno de los servidores, y por ello es necesario lograr un consenso en la comunidad, por lo que siempre se está debatiendo en los foros de internet.

En la práctica, es necesario que al menos el 51 % de los nodos mineros y maestros<sup>6</sup> acojan la actualización, lo que sería el equivalente a ejercer el voto; de otra manera no es posible realizar los cambios al funcionamiento de la cadena de bloques de bitcoin. Es interesante cómo se produce todo este esquema de participación, ya que todos aquellos que se adhieren a la *blockchain* de bitcoin juegan un papel en su funcionamiento y son de cierta forma consultados.

También puede ocurrir que algún grupo de la comunidad no esté de acuerdo con la propuesta aprobada por la mayoría; en ese caso sucede un fenómeno conocido como los *fork*, que son una separación de la cadena principal hacia una cadena alternativa, con historia común, pero con futuro separado. El resultado de esto es una comunidad distinta, con su nueva criptomoneda adaptada al esquema planteado del grupo disidente de las decisiones de la mayoría.

Todo este interesante esquema de funcionamiento nos lleva al siguiente punto: la naturaleza jurídica de las criptomonedas.

---

<sup>6</sup> Los nodos maestros son aquellos que solo guardan la información de la cadena de bloques y no colaboran para la realización de transacciones como los nodos mineros.

## 1.2. Legitimidad y naturaleza jurídica de las criptomonedas

Visto el funcionamiento en términos muy generales de la principal criptomoneda, resulta fundamental para entender los procesos de participación ciudadana y la nueva *e-democracy* abordar aspectos sobre i) la legitimidad de las criptomonedas, ii) su naturaleza jurídica, ya que esto nos ayudará a entender los pasos que se están dando hacia la evolución de las relaciones humanas.

Como se señaló, bitcoin se presenta en medio de la crisis financiera de 2009 y el rescate de los bancos por parte del Congreso de los Estados Unidos, con el objetivo de convertirse en una alternativa confiable del sistema financiero tradicional. El caso es que Satoshi Nakamoto –o el presunto grupo así denominado– argumentó que los terceros encargados de velar por el dinero de la gente no estaban cumpliendo bien su tarea.

En ese panorama cabe preguntarse: ¿cuál es el trabajo de los bancos centrales y el sistema financiero? En una frase podemos decir que su trabajo consiste en conservar la propiedad de quienes utilizan ese sistema; es decir, cuando el Estado asume bien sea la política monetaria o la regulación del sistema financiero, o ambas en conjunto, se hace responsable de la conservación de la propiedad de los usuarios del sistema financiero de ese Estado, en el sentido de que el dinero es la expresión numérica de la propiedad de las personas que hacen vida cívica y social en este sistema. Entonces, cuando un Estado de forma involuntaria, descuidada o deliberada comienza a empobrecer a sus ciudadanos, estos están en el legítimo derecho de defender su propiedad, bien sea adquiriendo materias primas, propiedades materiales o inmateriales, etc.

Pues bien, en el contexto en que se desarrolla, bitcoin es el resultado del ejercicio de la legítima defensa de la propiedad a través del ingenio, ya que es una respuesta a las fallas del sistema financiero y político. Entonces, vale preguntarse ¿hasta qué punto es legítimo que un Estado, por haber creado una moneda de curso forzoso, obligue a su uso y, por tanto, ocasione pérdida patrimonial a sus ciudadanos? Pues no existe justificación alguna, por lo que los ciudadanos están legitimados para acudir a medios de refugio o crear uno como lo es bitcoin. Para ilustrar mejor este argumento vale la pena transcribir las palabras del prócer civil venezolano Juan Germán Roscio cuando narra la función de los Estados republicanos:

Aunque pecó el hombre, quedó siempre ilesa su voluntad y libre albedrío para establecer el gobierno que fuese más conveniente a su felicidad: y de esta fuente nace el derecho que tienen los pueblos para quitar, alterar o reformar el gobierno establecido cuando así lo exige la salud pública, y el convencimiento de ser establecido para servir, no para dominar a los hombres; para hacerlos felices, no para abatirlos, *para conservar su vida, su libertad y sus propiedades*, no para oprimirlos ni sustraerles sus fueros sagrados e imprescriptibles.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Juan Germán Roscio, “El patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes”, en *Obras*, ts. I, II y III, Caracas, Publicaciones de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, 1953.

Apoyados en esas contundentes palabras podemos afirmar que las criptomonedas, más allá de un debate sobre su legalidad o no, al ser producto del ejercicio del derecho de propiedad y su defensa, son igualmente legítimas frente a los Estados, y, por tanto, cualquier intento de prohibición ha de contar con el sustento de un proceso democrático, con un apoyo de legitimidad igual al de su origen cívico espontáneo o un sustento mayor.

Por otra parte, circula en medios de comunicación especializados en criptomonedas, y en los medios tradicionales, el mito llamado *wild west* para referirse a que el bitcoin no tiene sustento jurídico alguno y por ello está al margen del derecho. Esto no es más que un mito muy bien mercadeado, en el sentido de que, como se apuntó en líneas anteriores, *ubi societas, ibi ius*, y la tecnología de las criptomonedas no es ajena a la sociedad, es desde todo punto de vista producto de ella, y por ello está enmarcada dentro del derecho privado, y, en el caso venezolano, su régimen recaería en los códigos Civil y Mercantil, respectivamente, dependiendo de las naturales relaciones en que ocurran los intercambios de bitcoins u otras criptomonedas.

### 1.3. Hacia un concepto jurídico de bitcoin y demás criptomonedas

Si existe algo controversial en el mundo de las criptomonedas es su concepto; el disenso va desde si es una moneda como las tradicionales, un activo tradicional o uno digital, por lo que resulta menester proponer un concepto, al menos de bitcoin, que podría ser usado para el resto de las criptomonedas.

El Banco Central Europeo considera que el bitcoin es:

una moneda virtual de la red bitcoin, que representa valor digital, no emitida por un banco central o autoridad, ni está vinculada a una moneda legalmente establecida, que no posee el estatus legal de moneda o dinero pero que es aceptada por personas naturales o jurídicas como medio de cambio y posiblemente también para otros fines, y que puede ser transferida, almacenada o intercambiada electrónicamente.<sup>8</sup>

Sin embargo, dicha definición responde a principios económicos distintos a los jurídicos, por lo que se propone que las criptomonedas son:

Una unidad de cuenta susceptible de valoración y de transferencia entre particulares “lo más libre, directa y económicamente posible” de “data digital” y/o “bienes digitales”, donde la criptografía acredita la propiedad y autoriza sus

---

<sup>8</sup> Referido por Pablo Fernández Burgueño en múltiples ponencias sobre *blockchain*. Fernández Burgueño es profesor y abogado especializado en *blockchain*, ciberseguridad y derecho aplicado a los modelos de negocio basados en el uso de *smart contracts*, DAO, ICO y tokens. pablo@nevtrace.com



diversos usos como: i) instrumento de “intercambio” por bienes y servicios; ii) medio de “ahorro”, iii) “inversión” y/o iv) “emprendimiento”, v) Asociación mercantil o política, entre muchos otros “fines” [...] En definitiva, es un mecanismo para el ejercicio más eficiente del derecho a la vida, a la libertad y la propiedad.<sup>9</sup>

Es el hecho de que en la actualidad hayan convergido dos tecnologías como el internet de las cosas y las criptomonedas, lo que da espacio a que se realicen pagos de máquina a máquina, sin intervención humana, lo que nos llevará en un futuro a replantear conceptos como el de intercambio de bienes y servicios en lo económico, jurídico y social, ya que que, nos interrogamos, ¿será necesario otorgar personalidad jurídica a algunas computadoras?

Ante toda esta exposición sobre tecnología y criptomonedas nos preguntamos ¿en qué se relaciona con el derecho a la participación ciudadana? ¿Cómo pueden la *blockchain* y las criptomonedas impactar el derecho a participar?

## **2. La participación ciudadana a la luz de las criptomonedas y la *blockchain***

Mucho se ha escrito sobre temas como la *e-democracy* y el *e-government*; en estos tiempos hemos visto cómo las tecnologías han impactado estos ámbitos de la vida política de las naciones. Pero debemos contextualizar a qué se refieren ambos términos y cuáles son sus consecuencias en las sociedades.

Sobre gobierno en la era digital podemos decir que la doctrina establece que se trata de una evolución en la manera en que las instituciones del Estado se relacionan con el ciudadano; es decir, ya el tradicional método de relación a través de las leyes, los decretos y los actos individuales ha quedado, en apariencia para el ciudadano, en un segundo plano; cada vez son más las instituciones de los Estados que han optado por hacer anuncios por redes sociales como Twitter, cada vez son más los procesos de gestión de gobierno que se han convertido en digitales.

Pero sobre este asunto bien vale la pena señalar que en los conceptos generalmente estudiados de “gobierno digital” no existe una distinción en el carácter democrático de quien gestiona dicho gobierno;<sup>10</sup> es decir, no se discrimina entre una gestión digital democrática o no, por lo que parece necesario comenzar a distinguir y señalar a las tiranías digitales, que son aquellas que usan las tecnologías para

---

<sup>9</sup> Roberto Hung Cavalieri, ponencias en el Programa Criptomonedas, Blockchain y Negocios en la Nueva Economía, Oportunidades y Retos para la Gerencia y la Empresa, Caracas, IESA, julio-septiembre de 2018.

<sup>10</sup> Elena García Guitián, “Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016, pp. 169-193.

controlar y vulnerar de forma más eficiente los derechos humanos y fundamentales de sus ciudadanos. La tiranía digital es aquella que mediante un uso perverso de las tecnologías impide más eficientemente el ejercicio de la vida, la libertad y la propiedad de quienes padecen dicho régimen; es por ello que no puede hablarse de *e-government* a la ligera, sino que es necesario determinar su legitimidad y comportamiento frente a los derechos de sus ciudadanos, ya que sin importar por qué medio se transmite una orden tiránica, su naturaleza debe ser precisada.

En contraposición encontramos a la *e-democracy*, que se presenta como una evolución del ágora griego, y es la congregación digital de muchas voces de la sociedad real y digital. A través del ejercicio de la participación digital se han conseguido cambios significativos en otros países, ya que ahora el ciudadano puede realizar lo que el jurista y estudioso del tema John Keane llama la democracia monitorizada; es decir, con sus voces plasmadas en los diversos formatos de las redes sociales, la sociedad civil puede lograr cambios en distintas áreas de la política.<sup>11</sup>

Si bien han surgido muchos cambios positivos a través del uso de las nuevas herramientas democráticas digitales, algunos autores creen que el uso de estas en lo político está sobrevaluado; es decir, no todos los ciudadanos están en condiciones de participar o dispuestos a ello, por infinidad de circunstancias individuales, y por tal razón no se puede cantar victoria aún. Sin embargo, es fundamental reconocer que las tecnologías han facilitado el debate ciudadano a mayor escala y han hecho más fácil la coordinación de manifestaciones de calle entre otras muchas otras bondades.

Es por tal motivo que la participación ciudadana digital o tradicional ha de estar estrechamente ligada a un principio que podemos denominar como de eficacia de la participación ciudadana; es decir, en términos generales, los ordenamientos jurídicos democráticos intentan conciliar las democracias representativa y participativa. Evidentemente la ya tradicional democracia por representación es la que aún posee un mayor impacto en los cambios de la sociedad, cuando intentamos estudiar la democracia participativa o directa debemos tomar en cuenta su nivel de impacto en la política, ya que si bien puede existir una nación extremadamente deliberativa y participativa, bien sea en entornos digitales o no, pero sus conclusiones y decisiones generales no son en absoluto tomadas en consideración, sus efectos son nulos y puede ser que i) el gobierno o la legislatura de turno no sabe cómo gestionar toda esa participación de forma correcta para encauzarla hacia la materialización, ya que puede carecer de medios idóneos para ello; o ii) se está ante regímenes tiránicos que poco les interesa tomar en consideración al *demos*, que cada vez más es un “*demos digital*”.

Es por todo lo expuesto que para determinar el éxito de la participación ciudadana digital o tradicional debemos estudiar los mecanismos, bien sean tecnológicos o no, con los que cuenta un Estado, o, más específicamente, la sociedad civil, para

---

<sup>11</sup> Feenstra, Ramón, *Democracia monitorizada en la nueva era de la nueva galaxia mediática*, Barcelona, Icaria Editorial, 2012.

hacerlos valer; en qué medida se cumplen las decisiones de los ciudadanos, y qué tan deliberativos son estos, bien sea en entornos digitales o convencionales, para así tener un panorama correcto de cuál es la situación real de la democracia y la *e-democracy*.

## 2.1. Un esbozo del derecho a la participación ciudadana en la situación venezolana

El caso venezolano de años recientes, en especial los dos últimos años, es de especial relevancia para el estudio de los retos de la participación ciudadana. Para contextualizar de forma breve una larga historia, podemos decir que a raíz de los cambios políticos producidos en el año 2015, que poco favorecen al régimen de turno, en Venezuela se ha suprimido desde el propio Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) y el Consejo Nacional Electoral (CNE), uno de los más esenciales fundamentos de la participación ciudadana, *el voto*.

Ello ha llevado a una serie de demostraciones de descontento por una parte de la población, a lo cual ha respondido el régimen autoritario y dictatorial con represión feroz, tanto generalizada como particularizada; se han implementado controles en las redes sociales, se ha interrumpido de forma conveniente el servicio de internet, entre otras tropelías al legítimo derecho de manifestación de los ciudadanos, tanto en las calles como en las redes. En definitiva, el régimen ha optado por coartar cualquier tipo de participación de los ciudadanos en la política.<sup>12</sup>

Pero todos esos atropellos son de esperarse en un régimen que tiene más de dos décadas desconociendo la voluntad del soberano pueblo venezolano; lo que parece inconcebible es que por parte del sector que se define a sí mismo como oposición democrática, ocurra un fenómeno similar y de magnitud igual a las tropelías del régimen.

El 16 de julio de 2017 la Asamblea Nacional, órgano que hasta ese momento contaba con una legitimidad democrática indiscutible, convocó a una consulta popular, dentro de los términos de los artículos 62,<sup>13</sup> 70<sup>14</sup> y, en especial, el artículo 186, núm. 4, de la Constitución, el cual establece: “Corresponde a la Asamblea Nacional: [...] N° 4

---

<sup>12</sup> Tal como se observa en el Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y en el Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. Disponible en: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>

<sup>13</sup> “Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”.

<sup>14</sup> “Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la co-gestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las

organizar y promover la participación ciudadana en los asuntos de su competencia”, a los fines de determinar con precisión si las acciones que tomaría a futuro serían respaldadas por el *demos*, respuesta que fue positiva respecto de lo consultado, pero que lamentablemente no fue seguida por los “líderes” del Poder Legislativo, lo cual ha aumentado considerablemente la crisis política de la nación latinoamericana, ya que, en definitiva, el ciudadano ha visto cómo ambas fuerzas políticas han ignorado sus decisiones, que como establece el artículo 70 de la Constitución son de carácter vinculante para las organizaciones del Estado.

Sin embargo, no todo es oscuridad en el panorama. Gracias a las nuevas tecnologías, estos retos propios de las perversiones de las tiranías parecen tener sus días contados, y ahora el reto que se plantea es el *self-government*, el autogobierno, gestionado por algoritmos y códigos, no de leyes, sino de programación, ya que gracias a la tecnología *blockchain* y las criptomonedas se han dado los primeros pasos para lograr esta evolución.

### 3. Hacia el autogobierno o la ciudadanía 3.0

Como se ha observado hasta ahora, la democracia tradicional y la *e-democracy* han enfrentado retos que se han vuelto recurrentes en varios países, por lo que en estas líneas se intenta plantear una posible evolución de la democracia y, por supuesto, de la participación ciudadana a través de la *blockchain* y las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO - Decentralized Autonomous Organization).

Las DAO, hasta el presente, han venido conformándose con fines mercantiles o de inversión, como es el caso de bitcoin, que podría considerarse como la primera DAO, muy rudimentaria y con mecanismos de participación poco definidos o establecidos tácitamente, como en líneas anteriores se expuso. Pero gracias a la naturaleza de código abierto del bitcoin, han surgido mejoras como es el caso del proyecto Ethereum,<sup>15</sup> el cual permite crear aplicativos dentro de su cadena de bloques, y una de sus prestaciones es la posibilidad de crear contratos inteligentes o autoejecutables.

Esa posibilidad de crear contratos inteligentes descentralizados es la que da origen a las DAO. Pero ¿cómo funcionan todas estas mejoras y prestaciones? ¿Cuáles son sus ventajas y desventajas? ¿Cómo pueden ayudar las DAO en la participación ciudadana? Pues bien, al igual que las sociedades mercantiles, su inicio o conformación es a través de un contrato consensual de adhesión *sui generis* sin fronteras, el cual, en vez de estar redactado en algún lenguaje tradicional como el español, está

---

cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”.

<sup>15</sup> V. Buterin, “What is Ethereum?”, *Ethdocs.org*, 27 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.ethdocs.org/en/latest/introduction/what-is-ethereum.html#a-next-generation-blockchain>

escrito en un lenguaje de programación llamado *solidity*, que permite a las computadoras traducirlo y transformarlo en un contrato inteligente, que solo se ejecutará de forma automática y una vez cumplidas las condiciones *if*, es decir, las acciones para las cuales está programado. Se dice que es un contrato de adhesión *sui generis* en el sentido de que los contratantes, una vez realicen los aportes en criptomonedas para poder formar parte de la sociedad, pueden hacer propuestas y votar por otras en las cuales se puede de forma voluntaria, entre todos los participantes, modificar las finalidades del contrato inicial, cosa que no es posible en los contratos de adhesión tradicionales. Por otra parte, es un contrato sin fronteras, lo que no impide que se plantee una jurisdicción convenida en el mismo; sin embargo, la ventaja de “no tener fronteras” es la libre contratación en un entorno global, lo que permite recaudar mucho más dinero, entre otros beneficios, como la materialización de proyectos en muchos más espacios.

Otra ventaja es que dicho contrato está alojado o respaldado por la tecnología de cadena de bloques que, como se dijo, se desarrolla en una infraestructura computacional denominada red distribuida, que tiene como característica principal la de alojar, en este caso en particular, en cada uno de los nodos de la red una copia del contrato que da origen a la asociación digital, lo que lo hace en la práctica imborrable e inmodificable sin la aprobación de los demás miembros de la red.

Una de las justificaciones que dan los teóricos de estas nuevas estructuras de interacción humana es que todas las entidades o estructuras de poder están manejadas por la voluntad del hombre y ello las hace vulnerables a malos entendidos, malas gestiones, esquemas fraudulentos, entre otros problemas propios de la interacción humana;<sup>16</sup> por ello su propuesta es que a través de un contrato de sociedad digital, de hecho inteligente, se solucionen este tipo de situaciones, ya que su funcionamiento estaría preestablecido y conocido por todos en el código del contrato, que además es modificable solo a través del consenso y no a través de manipulaciones o ataques maliciosos a computadoras, por lo que este solo ejecutará automáticamente lo programado de antemano.

El esquema de participación en este nuevo tipo de sociedad es el llamado *proof-of-stake*; es decir, para formar parte de una asociación de esta naturaleza es necesario un aporte en criptomoneda –la que se acepte en ese contrato–; una vez hecho el aporte, en vez de recibir acciones, se recibe algo equivalente denominado *tokens*, transferibles e intercambiables en cualquier momento, los cuales le conceden derecho de voto en esta asociación. Ahora bien, quien posea más *tokens* tendrá más influencia en las decisiones que se tomen; esto sería como una especie de votación censitaria, ello con la idea de que quien posee más intereses patrimoniales no va a tomar decisiones que deliberadamente afecten a la asociación y, en consecuencia, a los suyos.

---

<sup>16</sup> Christoph Jentzsch, “Decentralized autonomous organization to automate governance final draft”, en *GitHub*. Disponible en: <https://download.slock.it/public/DAO/WhitePaper.pdf>

Jentzsch<sup>17</sup> reconoce que esto puede ser un problema conocido como *majority robs minority attack*, es decir, que si una persona posee una cantidad superior a la mitad requerida de *tokens* puede manipular a su antojo y voluntad los destinos de la asociación. Para ello se propone un mecanismo de separación de la asociación que proteja a los propietarios minoritarios conocido como el *Split* o separación, el cual ha de ser propuesto por los disidentes y, de ser aceptado, dará origen a otra asociación distinta; ahora, cada DAO poseerá sus particulares características y mecanismos de protección de minorías.

Hasta aquí hemos visto el funcionamiento general de las asociaciones digitales; pero resulta de interés para este estudio el funcionamiento de la DAO de otra criptomoneda llamada Dash, la cual cuenta con una asociación digital mucho más sofisticada y definida que la de bitcoin u otras criptomonedas. En el caso particular de Dash están bien definidos los mecanismos de participación, así como sus condiciones, que básicamente se desarrollan de la siguiente manera: en su red existe un grupo denominado nodos maestros, que ha de demostrar que posee mil unidades de esa criptomoneda –*Proof-of-Stake*–, lo cual le da derecho a tomar decisiones varias, pero existe una votación en particular, que da la posibilidad de escoger en qué se invierte el dinero obtenido de la “minería” de esa criptomoneda.

El proceso de participación funciona, de manera muy general, como sigue: cualquier persona que quiera desarrollar un proyecto relacionado con esa criptomoneda puede, una vez pagada una comisión, proponer a la asociación un plan que, a su juicio, ayude a promover o evolucionar dicha criptomoneda, punto en el que se abre un periodo deliberativo sobre los proyectos propuestos; una vez culminada esa fase, se procede a la votación. Al proyecto que es aprobado se le otorga la cantidad de criptomoneda solicitada; pero esto no queda allí, existe un mecanismo de “control político o social” del uso de los fondos otorgados, mediante el cual todos los miembros de la comunidad, del ecosistema, pueden abiertamente verificar el fiel cumplimiento de las etapas del plan, desde su preparación hasta la ejecución final. De esa manera se fortalecen y expanden a más y más proyectos, de toda índole, que van desde actividades comerciales tradicionales hasta causas benéficas y de las denominadas de responsabilidad social, siendo prácticamente infinitos los tipos de proyectos que pueden ser implementados, aprobados y ejecutados, todos ellos con la debida transparencia que demanda esta clase de actividades.

Todo lo anterior ocurre gracias a los algoritmos y códigos de la DAO, apalancado además por la participación de quienes tienen intereses en la asociación. Pero ahora imaginemos que esto se pueda reproducir a escala de las organizaciones político-territoriales de cada Estado, donde la participación ciudadana tendría una efectividad mucho mayor a la actual ya que estaría disponiendo de fondos de manera directa y bajo un sistema que permite una transparencia total, que además brinda facilidades de participación y toma de decisiones en tiempos reducidos y a bajos

---

<sup>17</sup> *Idem.*

costos; el tamaño de la infraestructura de los Estados se reduciría, ya que cada vez menos funcionarios serían necesarios, entre otros muchos otros aplicativos. Es hora de mirar hacia las bondades de las tecnologías para abrirnos un camino mucho más libre y democrático a fin de consolidar la ciudadanía 3.0 o ciudadanía global.

## 4. Sobre la idea de un gobierno mundial y una sociedad civil universal

Hasta ahora hemos venido destacando las características de esta muy reciente tecnología del *blockchain*, en especial la confianza que genera en la interrelación entre desconocidos, y cómo es posible, incluso a través de la DAO, formar “organizaciones”, las cuales hemos de entender como “asociaciones” o “sociedades”, que por su finalidad específica, o su equivalente a su “objeto social” –haciendo uso del lenguaje de derecho de sociedades– podrán variar entre civil, de comercio, benéfico, y así de cualquier otra manera. Pero ¿qué relación tienen estas nuevas tecnologías con la idea de sociedad civil, y cómo puede esta apoyarse y hacer uso de la tecnología? ¿Es posible hablar de una sociedad civil global y una suerte de gobierno universal? Nuestra posición es que sí, y es con el sustento en estas tecnologías que millones de personas en diversas partes del universo, de cientos de nacionalidades y culturas, que no comparten un mismo idioma, pueden interactuar como sociedad civil, aportando ideas y tomando decisiones, individuales y colectivas, de manera descentralizada, para generar riqueza y bienestar, y crear lo que el autor Johann Gevers<sup>18</sup> refiere en su presentación *The Four Pillars of a Decentralized Society and The Age of CryptoFinance*<sup>19</sup> como la sociedad 3.0, que si bien podríamos adoptar su *nomen* por las características propias y el dinamismo que le añade la tecnología, deviene y mantiene los elementos de la sociedad civil en su concepción originaria, en especial la de ser totalmente ajena y distinta a la organización del Estado y de otras grandes organizaciones comerciales que pueden resultar en agentes de poder, todo ello a pesar de poder compartir con total convencimiento determinados fines y, a la vez, debatir abiertamente hasta enfrentar y combatir otros.

### 4.1. La sociedad civil global y el gobierno del mundo

De las diversas obras que han sido escritas sobre sociedad civil y su alcance, bien merece detenernos en una en particular, del autor australiano John Keane,<sup>20</sup> y que inspira el título de esta sección.

---

<sup>18</sup> Ver información del autor en: <http://johanngevers.com/> y <http://johanngevers.com/>

<sup>19</sup> Johann Gevers, *The Four Pillars of a Decentralized Society and the Age of CryptoFinance*. Disponible en: [https://youtu.be/8oeiOeDq\\_Nc](https://youtu.be/8oeiOeDq_Nc)

<sup>20</sup> John Keane, *La sociedad civil global y el gobierno del mundo*, Barcelona, Hacer Editorial, 2008.

El jurista australiano –quien además se ha dedicado al estudio de la democracia, la cual promueve como director del Sydney Democracy Network,<sup>21</sup> de la Universidad de Sidney, Australia–, tanto en la obra citada como en otras,<sup>22</sup> destaca la importancia de la sociedad civil, y, más específicamente, la sociedad civil global y la interdependencia entre diversos sistemas en los que sectores comerciales, gubernamentales y no gubernamentales hacen vida, de los cuales emerge un nuevo orden político al que se refiere como “cosmocracia”,<sup>23</sup> una forma de gobierno del mundo.

Específicamente sobre la sociedad civil global refiere sus aspectos esenciales: i) es no gubernamental, “un conjunto en especial de instituciones no estatales”; ii) es una sociedad como “conjunto dinámico de procesos sociales más o menos fuertemente interconectados”; iii) es civilista, es decir, trato educado y aceptación de los extraños: “es un espacio en el que habitan diversas normas de trato educado no violento”. Es un espacio multidimensional de no violencia, aunque no sea tampoco un paraíso terrenal y de conciliación. Contiene bolsas de incivilidad; iv) es pluralista, “acoge un gran número de formas de vida, significa varias cosas para quienes habitan en sus estructuras”. “La heterogeneidad va en contra de la unidad por imposición”; v) es global, “las relaciones sociales atraviesan y cruzan por debajo de las fronteras estatales y otras formas gubernamentales”. “Macrosociedad o sociedad de sociedades entrelazadas, sin fronteras y con *feedback* constante. Entre sus muchos componentes”.<sup>24</sup>

Con este acercamiento a la idea de sociedad civil, y más específicamente en su dimensión global, resulta más que evidente que una tecnología como la *blockchain*, y como resultado de ella el surgimiento y la penetración en la sociedad de las criptomonedas y de las DAO, constituye un instrumento esencial para la interrelación humana, para la creación de esa sociedad 3.0 a que hace referencia Gevers y que tiene como característica esencial el ser descentralizada, condición que si bien se identifica con las características de civilidad, multidimensionalidad, pluralismo, heterogeneidad y globalidad, bien vale reiterar, habría que considerar incluirla como condición *sine qua non* en la concepción de sociedad civil global, tecnología que para la fecha de publicación de la obra de Keane era desconocida y que en poco tiempo se ha desarrollado enormemente.

Cuando se hace referencia a la idea y el alcance de la sociedad civil, y ahora de la sociedad civil global, ante esa especial concepción de que no forma parte de las estructuras gubernamentales de los Estados, con independencia de las particulares

---

<sup>21</sup> Página web del Sydney Democracy Network. Disponible en: <http://sydney.edu.au/arts/sdn/>

<sup>22</sup> *The life and death of the democracy, Violence and democracy, Democracy and Media Decadence*, así como en entrevistas y seminarios en “Vida y muerte de la democracia. The Life and Death of Democracy”, Fondo de Cultura Económica, México. 2018; “Democracy and Medias Decadence”. Cambridge University Press, Cambridge 2013; “Violence and Democracy”, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

<sup>23</sup> Keane, 2008, *cit.*, p. 94.

<sup>24</sup> Keane, *ibid.*, p. 8-17.



formas de organización, pudiera dar la impresión de que sus efectos en políticas públicas, o más allá, en las altas y complejas políticas de Estado, no fueran de gran alcance o gran influencia. Por el contrario, es cada día más evidente que la opinión y la acción social influyen en la creación de políticas y la modificación del comportamiento de las instituciones gubernamentales. A diferencia de concepciones tradicionales, ya no es tan claro que sean las estructuras del Estado las que modifiquen –o pretendan hacerlo– las conductas sociales sino que, contrariamente, es la sociedad civil la que modifica e influye en la adopción de políticas públicas, tanto en el orden interno como internacional. La influencia de la sociedad civil, que es totalmente extensible a la participación ciudadana, ha tenido una intervención fundamental desde la defensa de derechos de consumidores y usuarios, hasta la creación, como afirma la profesora de la Universidad de Ámsterdam, Marlies Glasius,<sup>25</sup> de la jurisdicción penal internacional.<sup>26</sup>

En el caso específico de la *blockchain*, del bitcoin, de las criptomonedas en general, las DAO, y toda la tecnología resultante en poco menos de una década, constituyen un verdadero punto determinante entre el antes y el después en el desarrollo social y humano, así como en sus tiempos lo fueron la imprenta, el vapor, la electricidad, la combustión interna y el internet; difícilmente la humanidad podrá volver a ser la misma. Y a pesar de que pretenda atribuírsele con nombre y apellido al señor Nakamoto la génesis de esta tecnología –señor cuya identidad o identidades reales serían irrelevantes ante la expansión y el poder disruptivo de toda la cultura digital resultante–, bien puede afirmarse, sin lugar a dudas, que esta es producto de la sociedad civil global, que se abre camino ante las limitaciones de los Estados y demás grupos de poder.

## 4.2. De la política y la participación ciudadana 2.0 a la 3.0

No obstante el lenguaje común que utilizamos para comunicarnos a diario, contamos con palabras y expresiones en cada idioma que perfectamente pueden transmitir de manera clara y precisa nuestras ideas; el mundo de las nuevas tecnologías, la era de la cultura digital nos ha aportado, además de esos maravillosos instrumentos, nuevas expresiones y conceptos que trascienden las barreras lingüísticas, y no estamos hablando simplemente de anglicismos o neologismos, que también son muchos; aquí específicamente nos referimos a la nomenclatura numérica utilizada para identificar

---

<sup>25</sup> Marlies Glasius es profesora de Relaciones Internacionales del Departamento de Política de la Universidad de Ámsterdam, y entre sus áreas de investigación se encuentran, además del derecho penal internacional, la sociedad civil global y la legislación autoritaria. Su más reciente proyecto de investigación es sobre autoritarismo en la era global. Disponible en: <http://www.uva.nl/profiel/g/l/m.e.glasius/m.e.glasius.html>

<sup>26</sup> Marlies Glasius, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*, Oxford, Routledge, 2006. Glasius es investigadora del programa Global Governance, y profesora del Center for Civil Society en London School of Economics and Political Science.

nuevas versiones, mejoras o actualizaciones de programas, aplicaciones o equipos, lo cual ha trascendido a muchos otros contextos, como sistemas y plataformas, que van incrementando conforme sus prestaciones e interacciones hacen lo propio. Tenemos entonces que la idea del internet 1.0 es aquella condición inicial originaria en la que no existía mayor interacción, ya que el usuario general simplemente podía leer el contenido de las páginas existentes, denominado *readable*.

A esta le siguió internet 2.0, en la que ya el usuario no es un simple espectador sino que crea contenido al escribir en la misma *writable*; por su parte, la versión del internet 3.0 es ya mucho más interactiva, y el usuario no solo recibe y crea contenido, sino que ejecuta muchas otras acciones a través de aplicaciones y múltiples dispositivos interconectados, *executable*. Es el momento en que nos encontramos hoy en día, a pesar de que algunas prestaciones podrían considerarse ya 4.0, en las que incluso la idea de usuario no se circunscribe a la noción de seres humanos, sino que otros agentes no humanos –máquinas y agentes de inteligencia artificial– interactúan entre sí. No obstante, la mayor utilización hoy en día es la de examen de comportamiento de consumidores, tendencias en gustos, intercambio de data digital con valor de intercambio, entre otros.

Como podemos observar, esa nomenclatura de 1.0, 1.1, 2.0, 3.0, 3.0.1, y así indefinidamente, puede ser extendida a muchos más ámbitos, y transmitir de manera clara y sencilla los contextos en los cuales queramos analizar su evolución e interacción con nuevas tecnologías.

Pues bien, hecha la reflexión anterior, no nos será muy difícil saber a qué nos referimos cuando utilizamos expresiones como las de economía 1.0, 2.0 o 3.0, así como en contextos de política y participación ciudadana 1.0, 2.0 y 3.0, o en cualquier otro ámbito, en este caso de estudio, sobre la participación ciudadana.

En el ámbito económico, y sin entrar en detalles puntuales ya que no forman parte del alcance de este estudio, se debe destacar que sin la invención de internet y de las redes sociales hubiese sido inimaginable el surgimiento de negocios y plataformas como las de Uber y AirBNB, por solo nombrar un par de ejemplos de lo que se conoce como casos de economía colaborativa en materia de transporte y alojamiento; y con el desarrollo, ya ni siquiera día a día, sino hora a hora, de nuevas plataformas, más seguras y confiables, más transparentes y económicas, no serán cientos, sino miles las propuestas de la sociedad civil a esta nueva sociedad 3.0, en la que las soluciones a los problemas sociales no solo son atendidas de manera dinámica y global, sino cada vez más al margen de las estructuras oficiales tradicionales, lo que representa nuevos retos a áreas de las ciencias sociales como la economía, el derecho y, claro está, la política.

Es innegable que hemos pasado de una economía 1.0, a la 2.0 y a la 3.0, en la que la idea de economía colaborativa ya muestra a su vez nuevas facetas de evolución entre las que podrían incluirse modelos de negocio que se conocen como economías de impacto, en los que además de evaluarse los elementos tradicionales de renta y riesgo, el examen del impacto social juega un papel esencial, donde el verdadero

Estado de bienestar general se sitúa muy por encima de las etiquetas usuales, y los derechos particulares y sociales, no solo no se contradicen, sino que, por el contrario, todo el sistema interrelacionado de derechos sirve para que efectivamente se garanticen aquellos de primer orden como los de la vida, la libertad y la propiedad de todos los miembros de la sociedad, pero como advertimos, este es un tema que escapa al presente estudio.

En el ámbito de la política y participación ciudadana la historia no es muy distinta. Por lo menos en sociedades que pretendemos llamar civilizadas, podemos hacernos una idea general de la política 1.0, en la que las decisiones son impuestas por la autoridad, que originariamente era la de un hombre, todo lo cual ha ido evolucionando mediante nuevas versiones, actualizaciones o mejoras, pasando a la idea del Estado en contraposición al poder personal. Este Estado, por medio de sus instituciones, permite, o debería permitir, que los ciudadanos, con sus opiniones, cada día tengan mayor incidencia en la formación de la voluntad común. Así, se llega a la idea de los partidos políticos como una forma, aún muy básica, de participación ciudadana, en la que si bien muchas son las bondades demostradas en el enfrentamiento contra los sistemas absolutistas, como todo sistema, ha de tender a su evolución, que en el caso de la política se ha visto asistida por las nuevas tecnologías, en especial las redes sociales, pero con el grave peligro de que en vez de que sirvan para su evolución a formas de participación ciudadana 2.0, 3.0 y así en adelante, más bien sean utilizadas como instrumentos de enquistamiento de políticas partidistas 1.0 y hasta para servir de sustento a nuevas formas de totalitarismo que bien pudiéramos denominar neotiranías 3.0, ya que utilizan las tecnologías como herramientas para hacerse del poder, afianzarse indefinidamente en el mismo e imponer su voluntad al resto de la sociedad, lo que es todo lo contrario a la idea de democracia y participación ciudadana.

En cuanto a los avances de la ciencia y su reconocimiento como elemento esencial en el dominio de poder político y, en consecuencia, para la participación ciudadana, bien merece la pena destacar lo que el filósofo Bertrand Russell<sup>27</sup> afirmó sobre la importancia de la ciencia:

Como la energía, el poder tiene muchas formas: la riqueza, los armamentos, la autoridad civil, la influencia en la opinión [...] Volviendo a la analogía de la física: el poder, como la energía, puede considerarse que pasa continuamente de una de sus formas a otra y debiera ser tarea de la ciencia social buscar leyes de esta transformación.

Más adelante, respecto del poder sobre la opinión, señala:

---

<sup>27</sup> Bertrand Russell, *El poder. Un nuevo análisis social*, Barcelona, RBA Libros, 2011, pp. 13, 128-129.

Hay, sin embargo, algunos ejemplos importantes de influencias en la opinión sin la ayuda de la fuerza en ninguna de las etapas. El más notable de ellos es la ascensión de la ciencia. En la actualidad la ciencia, en los países civilizados es estimulada por el Estado, pero en los tiempos antiguos no era ese el caso. Galileo se vio obligado a retractarse; Newton quedó inutilizado cuando se le hizo director de la Casa de la Moneda; Lavoisier fue guillotinado con el pretexto de que “*La République n'a pas besoin de savants*”. Sin embargo, esos hombres, y algunos otros como ellos, eran los creadores del mundo moderno; su influencia en la vida social ha sido mayor que la de cualquiera otros hombres conocidos en la historia, sin excluir a Cristo y a Aristóteles. El único hombre cuya influencia fue comparable a la de ellos fue Pitágoras, y su existencia es dudosa<sup>28</sup> [...] Ahora se reconoce generalmente que la ciencia es indispensable, tanto para la guerra como para la industria en tiempo de paz y que sin la ciencia, una nación no puede ser ni rica, ni poderosa.

Uno de los acontecimientos más importantes sobre la relevancia de la participación ciudadana y la influencia de la opinión en la política tuvo lugar en la campaña presidencial de Barack Obama en los Estados Unidos, y cambió definitivamente la idea tradicional de la política más allá de los Estados Unidos de Norteamérica, situación que bien describe Diego Beas<sup>29</sup> sobre el discurso del entonces candidato en las instalaciones de Google, quien afirmó:

Si Estados Unidos se compromete nuevamente con la ciencia y la innovación, podremos liderar una nueva era de productividad y prosperidad [...] como presidente, quiero ser parte de los que escriban el próximo capítulo de la historia la innovación en este país. Para lograrlo tenemos que garantizar el flujo total y libre de la información.

Y sobre la idea de “Google for government” señaló:

Pondremos toda la información del gobierno en línea en un formato accesible universalmente; permitiré que los ciudadanos puedan dar seguimiento a los contratos federales, a los contratos con los *lobbies* y a las subvenciones estatales; permitiré que los ciudadanos participen en foros de gobierno en tiempo real en los que puedan hacer preguntas y sugerencias y en los que los resultados se valores y tomen en cuenta antes de que las leyes se firmen.

Con las nuevas tecnologías, como ocurre con todo instrumento de poder, surgen nuevos riesgos y peligros; así sucedió en tiempos antiguos y sucede en la actualidad.

---

<sup>28</sup> De alguna manera similar a la de Satoshi Nakamoto.

<sup>29</sup> Diego Beas, *La reinención de la política. Obama, internet y la nueva esfera pública*, Caracas, Ediciones Puntocero, 2010.

Ante la existencia de regímenes totalitarios y tiránicos, si bien estas pueden servir para visibilizar la denuncia de los sectores oprimidos y constituyen una legítima forma de libertad de expresión y de pensamiento, y en definitiva de participación ciudadana, como ocurrió en la denominada Primavera Árabe,<sup>30</sup> también dichos regímenes hacen uso de ellas con la finalidad de sostenerse ilegítimamente en el poder.

Desde la creación de sistemas de telecomunicaciones afines al régimen, restricciones al acceso libre a internet de sectores resistentes a la opresión, programas y sistemas de intervención de comunicaciones digitales, pasando por la obligatoriedad de inscripción de ciudadanos en sistemas informáticos controlados por el partido político del régimen para acceder a servicios públicos tan esenciales como salud y alimentación, controlados por el régimen, elaboración de listas de ciudadanos disidentes y su distribución digital para que sean retirados de cualquier entorno oficial o excluidos de planes o servicios de atención pública, hasta la creación de “criptomonedas”<sup>31</sup> o “activos digitales” totalmente al margen de las normas que rigen la actuación de los órganos del poder público, desconociendo el órgano de representación popular por excelencia, que es el Poder Legislativo legítimamente designado, son solo algunas de las muestras de la utilización por parte del régimen autocrático venezolano de estas nuevas tecnologías con fines ajenos a los propios de la democracia. Por esta razón, adquiere especial atención la debida promoción y divulgación del contenido y alcance de estas tecnologías con legítimas intenciones democráticas en programas de educación para la política digital, labor desde la cual la sociedad civil global, como lo ha demostrado, sabrá hacerle frente a esta nueva tiranía 3.0.

## A modo de conclusión

Como hemos referido en el presente estudio, tanto expresa como implícitamente, no existe espacio alguno del desarrollo humano y la dinámica social que no se vea afectado por las nuevas tecnologías, y de manera especial por la creación de internet y muchas otras plataformas que, sustentadas en ellas, hora a hora se van creando y desarrollando.

---

<sup>30</sup> Es indudable el efecto de las nuevas tecnologías y, en especial, de las redes sociales en la denominada Primavera Árabe, sobre lo cual se han elaborado múltiples trabajos especiales. Ver, entre otros: Robert Zepic, Thomas M. Klotz, Marcus M. Dapp y Helmut Krcmar, “Social Media in Political Transition”. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/305045644\\_Social\\_Media\\_in\\_Political\\_Transition\\_A\\_Literature\\_Review](https://www.researchgate.net/publication/305045644_Social_Media_in_Political_Transition_A_Literature_Review); Ekaterina Stepanova, “The role of information communication technologies in the ‘Arab Spring’”, *Implications Beyond the Region*, núm. 159, 2011. Disponible en: [http://pircenter.org/kosdata/page\\_doc/p2594\\_2.pdf](http://pircenter.org/kosdata/page_doc/p2594_2.pdf); Dubai School of Government, “Civil Movements: The Impact of Facebook and Twitter”, *Arab Social Media Report*, vol. 1, núm. 2. Disponible en: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/dsg/unpano50860.pdf>

<sup>31</sup> Página web de la criptomoneda el petro. Disponible en: [www.elpetro.gob.ve](http://www.elpetro.gob.ve)

Así como ocurre con el fenómeno de la globalización, en la que deben tratarse temas bajo nuevos esquemas ante las mayores interacciones que se verifican constantemente, igual ocurre con la interrelación de múltiples ciencias y saberes humanos que son interdependientes en una sociedad cada vez más compleja. De esta manera, las matemáticas, las ciencias de la computación, las distintas disciplinas de las ciencias naturales, pero también de las ciencias sociales, al verse afectadas por estas nuevas tecnologías, asumen cada vez más nuevos retos a fin de servirle a la humanidad de instrumento para su bienestar y prosperidad.

En el caso específico de la *blockchain* o cadena de bloques, esta tecnología ha llegado de manera disruptiva a cambiar la sociedad global como la conocemos, y mucho más que otras invenciones que le precedieron, más allá de la imprenta, la electricidad y hasta incluso el propio internet. Tal vez algunos no se encuentren plenamente conscientes de sus efectos potenciales y verdadero alcance, probablemente porque su aspecto más visible es la generación de criptomonedas, que si bien es de gran importancia y su apreciación y valor económico acaparan inicial interés, ello es solo una mínima parte de los cambios sociales que se avecinan, ya que los resultados reales de los proyectos basados en la *blockchain* solo serán el inicio de otros de mayor impacto social, económico, político, jurídico, y, más importante aún, humano.

Baste solo con imaginarnos la posibilidad de una tecnología libre, que permita la asociación de personas, bienes, saberes y bienes digitales susceptibles de valoración económica; que sin convencerse entre sí exista una confianza plena y verificable para hacer negocios, ello cada vez más ajeno a las rigurosidades y limitaciones de los ordenamientos jurídicos de los Estados; y que además de las voluntades humanas coincidan agentes de inteligencia artificial –que valga resaltar ya está ocurriendo– en la formación de conciencia y voluntad colectiva para la implementación de políticas públicas, muchas de las cuales también dejarán de ser exclusivas de los Estados.

En una sociedad 3.0, a la que inevitablemente nos dirigimos, surgen nuevos y más complejos problemas y retos que van desde repensar las ideas de cómo entender los conceptos básicos de propiedad, privacidad, anonimato, hasta algunos ya más complejos, como los de participación política y ciudadanía digital, en la que más allá de ser ciudadanos de un Estado, lo somos de una sociedad digital.

Por otra parte, vemos con gran preocupación que a pesar de que la tecnología de la cadena de bloques es abierta y puede ser utilizada por todos en cualquier parte del mundo, materialmente existen lugares en los que no hay las condiciones mínimas de interconexión, lo que se ve agravado con la presencia de regímenes de corte totalitario que utilizan la tecnología como herramienta de control social, además de sustentar la violación sistemática de derechos fundamentales.

Se advierte, de igual manera, que el abismo que resulta entre comunidades y sociedades civilizadas digitalmente con aquellas que no lo son genera nuevos retos y compromisos en la formación de ciudadanos críticos que han de hacer frente a tales carencias, y que sabrán presentar a sus comunidades conceptos y tecnologías, conjuntamente con ideas y conceptos participativos como el de holocracia y ciudadanía

global, que lejos de ser invasivos e injerencistas, promueven internacionalmente las particulares condiciones de cada región y cultura del planeta.

A modo de conclusión hemos de destacar que además de fomentar la formación de un ciudadano universal del siglo XXI, que resulte en un ciudadano crítico, este debe conocer la importancia de la tecnología *blockchain*, las criptomonedas, el internet de las cosas, formas digitales de participación judicial, y exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos, entre muchas otras; en pocas palabras, hace falta formar un verdadero ciudadano 3.0.

## Bibliografía

- BEAS, Diego, *La reinención de la política. Obama, internet y la nueva esfera pública*, Caracas, Ediciones Puntocero, 2010.
- BUTERIN, V. *Ethdocs.org*, 27 de marzo de 2018. Disponible en: <http://www.ethdocs.org/en/latest/introduction/what-is-ethereum.html#a-next-generation-blockchain>
- FEENSTRA, Ramón, *Democracia monitorizada en la nueva era de la nueva galaxia mediática*, Barcelona, Icaria Editorial, 2012.
- GARCÍA GUITIÁN, Elena, “Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 173, 2016.
- GLASIUS, Marlies, *The International Criminal Court: A Global Civil Society Achievement*, Oxford, Routledge, 2006.
- JENTZSCH, Christoph, *Github*, 26 de marzo de 2018. Disponible en: <https://download.slock.it/public/DAO/WhitePaper.pdf>
- KEANE, John, *La sociedad civil global y el gobierno del mundo*, Barcelona, Hacer Editorial, 2008.
- LAMPORT, Shostak *et al.*, The Byzantine Generals Problem, 1982. Disponible en: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.12.1697&rep=rep1&type=pdf>
- NAKAMOTO, Satoshi, *Bitcoin.org*. Disponible en: [https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin\\_es\\_latam.pdf](https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf)
- ROSCIO, Juan Germán, *El patriotismo de Nirgua y Abuso de los Reyes. Obras*, ts. I, II y III, Caracas, Publicaciones de la Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana, 1953.
- RUSSELL, Bertrand, *El poder. Un nuevo análisis social*, Barcelona, RBA Libros, 2011.

**Luis A. Viloria Ch.\* (Venezuela)**

## **Partidos políticos, gobernabilidad y control del poder**

### **RESUMEN**

Este trabajo se ofrece como una investigación teórica reflexiva, que aspira a demostrar la interrelación entre partidos políticos, gobernabilidad y control del poder como requisitos para el óptimo funcionamiento de un sistema constitucional en un contexto ideal. En ese sentido, nos proponemos demostrar que la fragmentación dentro del sistema de partidos puede generar condiciones de ingobernabilidad democrática que se traducen en la anulabilidad del sistema de controles, lo que amerita una revisión más profunda que se convierta en impostergables reformas constitucionales.

**Palabras clave:** partidos políticos, gobernabilidad, control.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Anhand der theoretischen Überlegungen in diesem Beitrag sollen die Zusammenhänge zwischen politischen Parteien, Regierbarkeit und Machtkontrolle als Bedingungen für das optimale Funktionieren eines Verfassungssystems unter idealen Bedingungen untersucht werden. Dabei wird dargelegt, dass als Folge der Fragmentierung des Parteiensystems eine Situation entstehen kann, in der eine demokratische Regierungsausübung unmöglich wird und die zur Annullierbarkeit der Kontrollsysteme führen kann. Daraus folgt die Notwendigkeit einer vertiefenden Revision mit den daraus folgenden unaufschiebbaren Verfassungsreformen.

**Schlagwörter:** Politische Parteien, Regierbarkeit, Kontrolle control .

### **SUMMARY**

This work is offered as a reflexive theoretical investigation that aspires to demonstrate the interrelationship between political parties, governability and control of power as requirements for the optimal functioning of a constitutional system in an ideal

---

\* Director general del Centro de Liderazgo Democrático Impulso (Celidi). Investigador académico. viloriachirinosluisalfonso@gmail.com



context. In this regard, we propose to demonstrate that fragmentation within the party system can generate conditions of democratic ungovernability that results in the annullability of the system of controls, which warrants a more profound review that leads to urgent constitutional reforms.

**Key words:** Political parties, governability, control.

## Introducción

La limitación del poder, es decir, su control efectivo, se produce a través de la interacción de los detentadores del poder o mediante la intervención de sus destinatarios. Siendo así, el estudio del sistema electoral y, consecuentemente, de los partidos, es un insumo necesario para la comprensión holística del sistema de controles, dada su incidencia directa en la construcción del orden democrático, que procura el disfrute de las libertades de los gobernados, resguardado por el control. Los partidos políticos habrían sido impensables sin el desarrollo del constitucionalismo moderno, y este habría sido inoperante sin el surgimiento de aquellos; por tanto, su aparición permitió superar la práctica aniquiladora de la contención política sin normas, de manera tal que “si el constitucionalismo es la racionalización del poder, y si los partidos son la racionalización de la lucha por el poder, entonces constitucionalismo y partidos tienen funciones concomitantes, y se explica la próxima temporal de su aparición”.<sup>1</sup> Paradójicamente, las patologías que pueden afectar a uno u otro se convierten en un hecho sintomático del todo.

### 1. La crisis de los partidos políticos y su papel en la gobernanza democrática

Los partidos políticos tienen una influencia directa en el sistema constitucional, tanto en su configuración como en su funcionamiento. La decisión política supone la elaboración de marcos institucionales que le den sustento y futura posibilidad de actuación; empero, la política solapa por antonomasia los procesos del poder. Un sistema de partidos representativo y consolidado, junto a sistemas electorales equilibrados, transparentes, funcionales y proporcionales, se erige como requisito *sine qua non* para imprimir estabilidad al sistema y, a su vez, representatividad legitimada y certeza a la sociedad en su conjunto. Algunas características del funcionamiento de los partidos inciden sobre los niveles de gobernabilidad democrática, esto es, sobre “la capacidad de las instancias políticas para procesar las demandas sociales,

---

<sup>1</sup> Diego Valadés, *El control del poder*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 63.

ofrecer respuestas adecuadas y conducir procesos de cambio que tiendan a afianzar y profundizar la democracia”<sup>2</sup>

En los tiempos presentes asistimos a un fenómeno sin parangón, cuya existencia supera nuestras fronteras con intensidades diferentes y con especial expresión en América Latina, que apunta a la desideologización de los partidos políticos, dando un giro excesivo hacia un pragmatismo que hace a un lado principios, valores e importancia de sus militancias. Este fenómeno, construido de forma sostenida y soterrada, obedece al proceso de globalización en un mundo en el que, cada vez más, las fronteras se ofrecen altamente relativas, pese al auge de movimientos xenófobos que amenazan con conquistar el poder allá donde la democracia ha dejado espacio para factores que propician su desencanto, como en Europa y, más recientemente, en Norteamérica.

En ese sentido, puede decirse que el agotamiento y declive de la forma partido “se produce desde el momento en que en el interior de dichas organizaciones se origina un deterioro de la función pedagógica, dándose así una desconexión y cierta desvinculación entre los partidos, la sociedad y la propia opinión pública, lo cual entre otras cosas altera lo concerniente a los procesos de socialización política”.<sup>3</sup> Ese deterioro tiene impacto directo dentro del sistema constitucional, donde ha existido un profundo deterioro de la forma partido; generalmente han surgido *outsiders*, de cuño populista, autoritarios, antipolíticos e incluso antipartidos, caracterizados por un alto cuestionamiento del funcionamiento democrático, lo que implica la propensión a la generación de expectativas que apuntan a una radical sustitución del orden institucional y, no pocas veces, constitucional.

Estas circunstancias se caracterizan por distintos elementos, que pueden agruparse de forma esquemática, siguiendo la línea argumentativa ofrecida por Rivas, en al menos cuatro rubros:

1. Los partidos han dejado de ser la comunidad de comunidades, donde la solidaridad ha sido desplazada por los intereses; es decir, los partidos dejaron de ser portadores de solidaridad para convertirse en portadores de intereses.
2. Los partidos han sido desplazados del lugar que habían ocupado en cuanto a la formación de la opinión, junto a la creciente desideologización de la política, incidiendo en el debate y la discusión.
3. Igualmente, se observa una baja pronunciada en las tasas de afiliación y de adhesión partidista. Observamos así un debilitamiento de los vínculos entre los ciudadanos electores y las organizaciones partidistas, producto del descenso en la variable “identificación partidista”.

---

<sup>2</sup> Simón Pachano, *La trama de Penélope: procesos políticos e instituciones en Ecuador*, Quito, Flacso, 2007, p. 45.

<sup>3</sup> José Antonio Rivas, *Transformaciones y crisis de los partidos políticos. La nueva configuración del sistema de partidos en Venezuela*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2002, p. 3.

4. Los partidos políticos han sido afectados por las transformaciones sociales y económicas que han producido un cambio por lo menos en cuanto a la composición de los diversos sectores sociales.

Por ende, cuando se evidencian estos hechos, generalmente concurre una propensión hacia la búsqueda de nuevos horizontes y alternativas, que cubran el vacío producido por el debate público y, consecuentemente, en el ámbito institucional, las mutaciones de la forma partido, por cuanto “las funciones de socialización, movilización, participación y legitimación se encuentran en el seno de los partidos políticos muy agotadas”. Los efectos de este proceso se expresan en una deslegitimación creciente, “que desemboca y genera de acuerdo a la profundidad en una eventual crisis de gobernabilidad en la medida en que estos últimos dejan de formar y crear ciudadanía”.<sup>4</sup>

La consecuencia más inmediata y de fácil constatación es que, justamente, producto del creciente deterioro de la forma partido, en abandono de sus funciones tradicionales y en repliegue de sus roles, se genera una serie de anomalías, que “desde el punto de vista institucional deviene del ejercicio dirigido hacia la formación de prácticas políticas cívicas, donde esta última tiende cada vez más a relegarse a mero pragmatismo, instrumentalización de la política y de la propia toma decisiones, sin reflexión, proyecto y contenidos ideológicos y programáticos mínimos”.<sup>5</sup>

Después de todo, el rol de los partidos y sistemas de partidos –afirma Ramos– “los convierte en los portadores naturales y específicos del ideal democrático”. En efecto, la principal tarea de los partidos es, justamente, ser mecanismos de comunicación fluida entre el Estado y el *demos* en la generación de una suerte de consenso implícito respecto a cómo y de qué forma debe conducirse la sociedad, mediante el ejercicio del gobierno, con lo cual terminan “constituyéndose en los garantes efectivos del pluralismo democrático, por una parte y, en las organizaciones conductoras del proceso de democratización del Estado, por otra”. El resultado de ello se traduce en el hecho de que “sin la intervención de los partidos difícilmente las fuerzas organizadas de la sociedad civil podrían interpelar al Estado, controlar o regular la ‘arbitrariedad’ del poder estatal, en fin, hacerlo más responsable”.<sup>6</sup> Huelga decir que, en ese sentido, los partidos dentro del sistema de controles actúan en el desempeño de distintas facetas; por una parte, configuran su marco y contextos, en tanto las fuerzas políticas son las encargadas de moldear el pacto social y su materialización, y, por otra, mediante el compromiso democrático es que las organizaciones partidistas deben “interpelar al Estado” para que, en acatamiento de la norma fundamental, dé respuestas oportunas, eficaces y enmarcadas en la

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> Alfredo Ramos, *La construcción del orden democrático. Burocracia, tecnocracia y meritocracia*, Mérida, Centro de Investigaciones de Política Comparada ULA, 2014, p. 33.

legalidad y el respeto a los derechos fundamentales, al conjunto de proposiciones sometidas a su consideración. Ello, por cuanto los instrumentos de control “están constitucionalmente previstos, pero su activación corresponde a motivos, acciones y previsiones ajenos al derecho. Esto no despoja a los instrumentos de su naturaleza jurídica. Más aún, la normativización de los controles es resultado de la decisión política de aplicarlos”.<sup>7</sup> No puede obviarse que, dentro de un Estado constitucional, el parlamento está gobernado por diversas fracciones partidistas, representativas de la pluralidad existente, de tal suerte que el ejercicio de los poderes fiscalizadores que le corresponden por antonomasia se pone en acción, previa disposición y acuerdo entre las fuerzas partidistas allí representadas. Después de todo, las democracias “alientan el espacio de libertades para la opinión pública, y consolidan el ámbito de responsabilidades para los poderes públicos, conforme a las prescripciones y garantías del sistema constitucional”.<sup>8</sup>

El poder del Estado como máxima organización jurídica y política de una nación soberana tiene un papel preponderante en la superación de esta creciente crisis, debido a que las propuestas operativas de las organizaciones partidistas encuentran su brazo ejecutor en el sistema representativo y de gobierno. Así, el poder democrático también tiene su génesis en la estatalidad, lo que reafirma la centralidad de los partidos en la construcción del orden democrático, recuperando su papel canalizador de las demandas sociales e insatisfacciones surgidas en el seno de la sociedad. En este sentido, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) propone:

recuperar esta capacidad para promover las democracias. No existe democracia sin Estado y no existe desarrollo de la democracia sin un Estado para todos capaz de garantizar y promover universalmente la ciudadanía. Si esta condición no se cumple, la democracia deja de ser una forma de organización del poder, capaz de resolver las relaciones de cooperación y conflicto. El poder escapa a la democracia y ella se queda sin sustancia. Recuperar un Estado para la ciudadanía es un desafío central del desarrollo de la democracia en América Latina. Con Estados débiles y mínimos solo puede aspirarse a conservar democracias electorales. La democracia de ciudadanía requiere una estatalidad que asegure la universalidad de los derechos.<sup>9</sup>

Visto desde esta óptica, no hay lugar a dudas de que el Estado tiene una tridimensionalidad. Por un lado, su dimensión normativa debe asentarse, dado que en él opera el monopolio de la generación de leyes de carácter general y estricto cumplimiento, que configuran la actuación y el desempeño tanto del sistema de

---

<sup>7</sup> Valadés, *op. cit.*, p. 35.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>9</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Washington, D. C., PNUD, 2004.

partidos como de la ciudadanía misma, en el complejo de relaciones sociales que allí surgen. Por otro lado, el Estado como identidad colectiva debe profundizar en el ejercicio democrático de poder, es decir, acercar el proceso de decisión al sujeto político de la nación, esto es, al pueblo o, en su concepción moderna, al ciudadano, como presupuesto para la conciliación de intereses que ofrezcan armonía y, a su vez, cohesión; a este respecto, la Constitución como estatuto de poder se ofrece como punto de cohesión para drenar las tensiones propias de la lucha política. Por último, el Estado como ente regulador debe orientar su actuación a la disminución de expresiones de desigualdad en los diversos planos de la vida social, mediante la implementación de políticas públicas exitosas, lógicas y racionales.

No obstante, debe resaltarse que si bien el Estado es un elemento importante, necesario y fundamental en la reorientación de la actual crisis de partidos y su superación, no es menos importante distinguir, como apunta Ramos,<sup>10</sup> los tres espacios principales de la acción pública: sociedad civil, sociedad política y Estado, pues, como afirma Touraine, “La separación de la sociedad civil, la sociedad política y el Estado es una condición central para la formación de la democracia”.<sup>11</sup>

### 1.1. Principales inconvenientes de los partidos políticos contemporáneos

Los partidos políticos, como organizaciones representativas en toda democracia, presencian una suerte de desencanto con la política, que genera distorsiones respecto a su funcionamiento y empaña el funcionamiento correcto de la democracia y sus instituciones. Los motivos suelen ser diversos; el malestar con la política tiene su expresión más directa en la búsqueda de opciones de participación extrapartido. En apariencia, la ciudadanía incurre en un presunto error de atribución de responsabilidades que recae sobre las organizaciones partidistas, en un grado de generalidad extremo, cuando lo que en realidad se pretende repeler son determinadas conductas claramente personalizadas en individuos que se apartan de los valores colectivos que profesan. En esto, no puede obviarse la torpe conducción que las clases dirigentes han ofrecido como respuesta, al no corregir a tiempo conductas desviadas y, en considerables casos, convalidadas de forma tácita o implícita, por acción u omisión. En ese mal manejo de los procesos de atribución de responsabilidades han cedido espacios suficientes para ser reconfortados por opciones no convencionales, que minan su base de operación y conducen, en la mayor parte de los casos, a procesos de reacomodos institucionales con claros visos autoritarios en su proceder. Es por ello que los partidos deben renovarse y recrearse para no quedarse atrás.

---

<sup>10</sup> Ramos, *op. cit.*, p. 29.

<sup>11</sup> *Idem.*

### a) *Desprofesionalización de la dirigencia*

En la actualidad, existe una creciente desprofesionalización de la dirigencia entendida, no como la estricta ausencia de grados académicos, sino como el proceso de retirada del ejercicio continuado, positivo, consolidado y orientado de la política en beneficio de la colectividad. Por el contrario, las adhesiones partidistas que parten del transfuguismo con el propósito de alcanzar posiciones de dirigencia que ayuden a la obtención de cargos de elección popular cada vez más suceden como mera coyuntura, para alcanzar determinadas posiciones de poder, que otrora solo serían accesibles por la vía del ejercicio del liderazgo partidista en forma continua, partiendo desde los más bajos escalafones jerárquicos. Esta patología ha venido a refrendar un vaciamiento de la política, en cuya práctica se asume una asimetría cada vez más honda en la puesta en práctica de valores, principios y convicciones ideológicas, que terminan siendo un lastre para gran parte de esta suerte de “políticos del momento”.

Tal circunstancia ha significado el trazo de una línea divisoria cada vez más evidente entre la ciudadanía y la franja de la élite que se ofrece a gobernarla, por cuanto no existe en modo alguno un sentimiento de adhesión que compela a la participación activa demandada por el ejercicio partidista para su consolidación. En ese sentido, los partidos han dejado de ser un referente de congruencia y formación, para terminar siendo un trampolín de posicionamiento para una dirigencia cada día más distante del fortalecimiento institucional mediante la aportación de conocimiento y compromiso.

### b) *Transfuguismo político*

El transfuguismo político o infidelidad partidista se ofrece como una patología recurrente dentro del sistema de partidos latinoamericano, en tanto ha venido erigiéndose en una práctica común que no halla un coto preciso. Resulta antiética la adquisición de un determinado espacio de poder, generalmente de índole deliberante, por intermedio de un partido concreto, para, una vez ascendido al puesto deseado, desechar ese vínculo entre representante y representado, este último plasmado en partido y electores. La representación política en su aplicación moderna deriva de la Revolución francesa y tiene su estreno constitucional en la Constitución francesa de 1791; por tanto, es un producto directo de la revolución, que la entendió como aplicable a la nación como un todo.

Como afirman Perícola y Linares, “El transfuguismo consiste en ubicarse voluntariamente en una posición representativa distinta a la pretendida por la agrupación política en cuya lista se presentó ante los electores, bien desde el inicio del desempeño del cargo público representativo, bien posteriormente a causa de un cambio de bloque parlamentario”.<sup>12</sup> Con lo cual puede hablarse de un transfuguismo inicial o *ab initio* y de un transfuguismo sobreviniente o por cambio de bloque político.

---

<sup>12</sup> María Perícola y Joaquín Linares, “El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política”, *Revista Pensar en Derecho*, año 2, núm. 3, 2013. Disponible

En España, el Tribunal Constitucional opina que esta situación puede ser aceptada en virtud de que, una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron sino de todo el cuerpo electoral y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término. La permanencia en el cargo no queda subordinada a ningún poder que no emane de la voluntad popular (Sentencia 10/1983 de 21 de febrero).

Según Cansino:

La expresión “transfuguismo político” más que un concepto especializado acuñado por las ciencias sociales para referirse al fenómeno del paso o el tránsito inmoderado de actores políticos de un partido a otro por razones pragmáticas o por convenir a sus intereses, es un adjetivo que suele emplearse popularmente para señalar y descalificar a ese tipo de políticos por carecer de principios y valores sólidos y moverse oportunistamente de un partido a otro. En ese ámbito de referencia más popular que científico, al transfuguismo político también se le conoce como “malabarismo político” o “trapecismo político”, expresiones igualmente sarcásticas para referirse a una práctica mal vista socialmente aunque cada vez más frecuente entre los políticos profesionales.<sup>13</sup>

A su juicio, el transfuguismo no debe, en modo alguno, equipararse o confundirse con la “movilidad política”, dada su recurrencia dentro de la ciencia política, donde se emplea para referirse al paso de actores políticos y sus recursos a otros partidos distintos, por móviles ideológicos o estratégicos. El transfuguismo, según Cansino, “tiene un elemento de oportunismo y pragmatismo nacido de un cálculo individual por parte del tráfuga según el cual podrá mejorar su estatus, sus privilegios, sus intereses, sus posiciones, etcétera, en un ejercicio donde las convicciones o la congruencia ideológica del implicado es lo que menos importa”.

Las consecuencias más inmediatas de este fenómeno cada vez más recurrente en nuestras democracias son:

1. Contribuye al descrédito de la clase política en general, lo que desalienta la participación ciudadana.
2. Vulnera las instituciones partidistas, debido a la inconsistencia ideológica que promueve.

---

en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/el-transfuguismo-politico-como-elemento-distorsionador-de-la-representacion-politica.pdf>

<sup>13</sup> César Cansino, “El transfuguismo en México y otras patologías”, en L.E. Ríos Vega (coord.), *El transfuguismo electoral: el caso de México*, México, Universidad Autónoma de Coahuila, 2012. Disponible en: <http://politicaparaciudadanos.blogspot.com/2012/02/el-transfuguismo-en-mexico-y-otras.html>

3. Genera poca credibilidad en los partidos receptores dado que, comúnmente, las motivaciones suelen ser de índole personal: aseguramiento de candidaturas, prebendas, etc., lo que mina la solidez ideológica.
4. Revela la ausencia de formación y referentes ideológicos, que apuntan a un creciente pragmatismo.
5. Deja entrever la debilidad interna de los partidos, en cuanto a su funcionamiento *ad intra*.

De manera que, siguiendo a Cansino, el transfuguismo deja en evidencia varias cosas: ausencia de un sistema de partidos (institucionalizados) fuerte; crisis de la representación política; ausencia de vías institucionales de comunicación e información entre representantes y representados; escaso desarrollo y fomento de una cultura política basada en el pluralismo y la diferenciación ideológica; escasa cohesión programática e ideológica en las organizaciones partidistas; marcado pragmatismo, que lleva a los partidos a convertirse en maquinarias electorales antes que en expresión de la diversidad de intereses sociales; débil arraigo social de los partidos con la consecuente movilidad partidista electoral; y cambios en la oferta electoral, donde lo que importa son los candidatos más que los partidos o sus líneas programáticas.

### c) *Falta de democracia interna*

Una de las grandes paradojas modernas surge del hecho de la afirmación democrática discursiva, por un lado, y su negación en el espacio interno, por el otro. La ausencia de democracia interna en las organizaciones partidistas supone la imposibilidad de renovación de su dirigencia y, por ende, de su proyecto de poder. La ciudadanía que vota para un determinado cargo también pretende ser protagonista de la configuración de la fórmula que enarbole el proyecto con el que se identifica, a fin de ir en búsqueda de la obtención del poder.

La construcción de una democracia interna, aún hoy ausente en no pocos casos, ha sido una victoria que se ha venido perfilando durante un largo proceso histórico. Su consagración permitió sortear la claudicación frente al caudillo mesiánico, que dominó en buena medida parte del siglo XX.

El proceso de democratización interna de los partidos caló a tal punto que su consagración obtuvo rango constitucional, y dejó en claro de esta manera su valor para la salud del sistema político. En ese sentido, diversos países, fundamentalmente europeos, dado el predominio de organización parlamentaria en dicho continente, han asumido esa línea constitucional. Alemania, por ejemplo, es uno de los países donde el valor de la democracia interna de un partido se consagra en la Constitución de 1949. En materia de los partidos políticos se establece que “su organización interna debe ceñirse a los principios democráticos” (art. 21, párr 1). La Constitución española de 1978, por su parte, establece: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son



instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos” (art. 6); da por sentada no solo la importancia capital de los partidos dentro de un sistema constitucional y político sino, además, la de su funcionamiento democrático como garantía de preservación de su vigencia.

El constitucionalismo colombiano ha sido tributario de estos principios, razón por la cual su Constitución ha establecido dicha regulación cuando afirma: “Los partidos y movimientos políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos” (art. 107). Además, añade que para la toma de sus decisiones o la escogencia de sus candidatos propios o por coalición podrán celebrar consultas populares o internas o interpartidistas que coincidan o no con las elecciones a corporaciones públicas.

En el caso particular venezolano, la Constitución obvia de forma expresa y deliberada cualquier uso de la palabra “partido político”, en cuyo lugar se habla de “asociaciones con fines políticos”. Esto en sí es un contrasentido, pues a pesar de que la finalidad del constituyente de 1999 fue la construcción de una democracia directa y participativa, la misma solo es realmente materializable mediante una democracia representativa, que debe ser cada vez más abierta a la sociedad, pero que en la práctica es insustituible y, en su esencia, los partidos políticos son los pilares que la soportan, le dan cuerpo y dirección. No obstante, la Constitución establece que dichas asociaciones deberán actuar “mediante métodos democráticos de organización, funcionamiento y dirección. Sus organismos de dirección y sus candidatos o candidatas a cargos de elección popular serán seleccionados o seleccionadas en elecciones internas con la participación de sus integrantes” (art. 67).

## **2. La gobernabilidad democrática: un proceso inacabado en Iberoamérica**

El funcionamiento del Estado y la sociedad en condiciones óptimas de generación de bienestar requiere el cumplimiento de determinados parámetros, tales como vigencia, respeto y promoción de derechos fundamentales; funcionamiento de instituciones sólidas y eficaces; regulaciones macroeconómicas que otorguen desarrollo financiero y propendan al crecimiento humano; operatividad del sistema de controles en garantía de las libertades de los gobernados. Modernamente, a esas condiciones de estabilidad institucional y desarrollo social en su conjunto se les conoce como gobernabilidad, gobernanza inteligente o gobernanza eficiente; es la concreción del derecho al buen gobierno.

Contrario a posiciones antiquísimas, ya no basta un mero Estado de derecho formal, por cuanto “la gobernabilidad no se agota por el origen y la actuación apegada

a derecho de los titulares del poder; su finalidad es asegurar las condiciones para satisfacer las demandas de la sociedad”,<sup>14</sup> ello, por cuanto la gobernabilidad es:

el proceso de decisiones tomadas de manera legal, razonable y eficaz, adoptadas por autoridades legítimas, para garantizar a la población el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, culturales y sociales, en un ámbito de libertades y de estabilidad política y para atender requerimientos informados de la sociedad mediante prestaciones y servicios regulares, suficientes y oportunos.<sup>15</sup>

En ese sentido, existe una superación del mero legalismo formal, que ha sufrido una transmutación para llenarlo de contenido y sustancia; no basta, por ende, cumplir con los aspectos procedimentales, sin tomar en cuenta su finalidad y su impacto material en el desarrollo de las relaciones sociales.

Según Valadés,<sup>16</sup> las respuestas constitucionales para la gobernabilidad incluyen, por lo menos, cinco grandes rubros:

1. Superar el autoritarismo mediante la reforma del Estado.
2. Establecer la equidad social para combatir y superar las condiciones de desigualdad, exclusión y concentración de la riqueza; la equidad cultural para auspiciar el pluralismo y reducir a los mínimos posibles la violencia familiar; la equidad económica mediante la regulación de los flujos financieros internacionales, la adopción de un sistema crediticio responsable y eficiente, y la reforma fiscal; y la equidad jurídica, que ofrezca a las personas la ampliación de los derechos fundamentales y la certidumbre de sus garantías, y acceso a la justicia.
3. Proteger el ambiente mediante un marco normativo que facilite las acciones nacionales e internacionales en la materia.
4. Ofrecer seguridad física, patrimonial y jurídica sin menoscabo de las libertades.
5. Impulsar el desarrollo social mediante la formación de capital humano y social, y la adopción de políticas de investigación e innovación tecnológica.

De tal suerte, como queda en evidencia, la gobernabilidad es un asunto holístico que pervive en un frágil ecosistema de interrelaciones que se potencian, y cuya ausencia hace imposible la concreción de su finalidad: la estabilidad y el desarrollo. Como advierte Córdova, la idea de gobernabilidad “se refiere a una característica específica de las formas de gobierno. Esta denota la cualidad de cuán fácil es ejercer

<sup>14</sup> Diego Valadés, “Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio”, en Diego Valadés (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, p. XVII.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. XVI.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. XV.

la acción de gobierno o, dicho en otras palabras, qué tan bien puede ser este manejado, encauzado y dirigido por parte de quien es responsable de su ejercicio”. De manera tal que, al hablar de gobernabilidad, nos referimos al conjunto de contextos que permiten la operatividad del sistema como un todo, mediante el cumplimiento de deberes. Por ende, “para que un sistema político pueda ser calificado de gobernable, debe ser capaz tanto de satisfacer las exigencias de prestaciones, servicios y atención que provienen de sus gobernados como de enfrentar diversas situaciones de crisis que se le presentan”.<sup>17</sup>

Por tanto, hay que destacar el papel central que deben ocupar los partidos políticos en la construcción de una gobernabilidad permanente o, al menos, estable por cuanto es por medio de las organizaciones partidistas que se pueden canalizar de forma fluida las demandas y expectativas sociales en el momento de “interpelar” al Estado en búsqueda de respuestas. Con ello, las disfunciones que se ofrecen en el sistema de partidos repercuten de forma inexorable en el orden constitucional. Este último, al no tener sincronía con las expectativas ciudadanas, puede incurrir en una fase de ingobernabilidad producida por una marcada parálisis institucional, fruto de una sobrecarga de demandas que evidencie la incapacidad para procesarlas o generar consensos en su resolución, o bien, simplemente, porque el Estado se halle rebasado en sus posibilidades para dar respuestas. Esta serie de circunstancias permite el surgimiento de un malestar general con la clase política y gobernante, lo que puede dar pie a procesos de aletargamiento y desmovilización ciudadana, desencanto y desconfianza, que compelen a un reacomodo político-institucional.

Como se expresa en la *Declaración de Santiago sobre Democracia y Confianza Ciudadana: un nuevo compromiso de gobernabilidad para las Américas*, “el fortalecimiento de los partidos políticos como intermediarios de las demandas de los ciudadanos en una democracia representativa es esencial para el funcionamiento del sistema político democrático”, por cuanto la gobernabilidad requiere la participación responsable de todos los actores de la sociedad en la construcción de los consensos para el fortalecimiento de nuestras democracias. Este motivo implica “la profundización de los procesos de modernización del Estado, incorporando las nuevas tecnologías, con el fin de elevar los niveles de eficiencia, probidad y transparencia en la gestión pública”.

No hay duda de que la crisis de legitimidad que aqueja a nuestros partidos ha sido, en buena medida, la génesis de evidentes procesos de ingobernabilidad en algunos países iberoamericanos y caribeños, cuya consecuencia en casos *sui generis* como Venezuela o Haití puede concluir en procesos de desconstitucionalización, con sus consecuentes implicaciones. Dada la configuración del sistema presidencialista a lo largo de América Latina, a su sombra se han exacerbado liderazgos personalistas y

---

<sup>17</sup> Lorenzo Córdova, “Repensar la gobernabilidad de las democracias”, en Diego Valadés (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005, p. 104.

caudillistas de cuño autoritario y populistas que, una vez asumido el poder, transmutan las excesivas facultades presidenciales otorgadas por los textos constitucionales en facultades metaconstitucionales, ejercidas al margen de las formas y los procedimientos demandados por una democracia funcional, lo que impone la superación o atenuación del sistema presidencialista. La parlamentarización de dicho sistema, y la construcción de gobiernos de gabinete o coaliciones se ofrece como la fórmula más inmediata a esos fines, con el propósito de hacer materialmente palpable el proceso de control sobre el Gobierno.

### **3. Constitucionalismo y control del poder: la necesaria participación de los partidos políticos**

El constitucionalismo, a lo largo de su devenir histórico, ha venido expresando diversas metamorfosis conforme al contexto histórico en que se desenvuelve, sin que ello haya hecho mella en sus postulados iniciales. Empero, por el contrario, ha sido un proceso que ha ratificado sus basamentos inaugurales, ensanchándolos y consolidándolos en procura del resguardo de las libertades de la sociedad, como ha sido su propósito desde su génesis. No obstante, paradójicamente, al afirmarse la relevancia del constitucionalismo, se han venido configurando fenómenos que riñen con este, como el empequeñecimiento del Estado o el surgimiento del “Estado intangible”.

En ese sentido, el género humano ha presenciado vertiginosos cambios que otrora habrían ameritado largos periodos de tiempo para su consolidación; por ejemplo, resalta el fin de la Guerra Fría, el triunfo de la democracia y el mercado, el colapso del sistema soviético, cuya materialización vino acompañada por su rasgo más relevante: la brevedad en su realización.<sup>18</sup> Así, quizás nadie hubiera podido predecir la caída del muro de Berlín; no obstante que infinidad de estudios *a posteriori* procuraban aproximarse a sus causas. Tan solo en el periodo 1980-1997 se promulgaron 79 constituciones; 12 de ellas pertenecen a países iberoamericanos practicantes del constitucionalismo democrático (18) entre 1980 y 1999.<sup>19</sup> Ello, haciendo mención expresa a textos constitucionales enteramente nuevos, sin incluir las reformas que durante esta línea de tiempo se han venido generando. Claramente, se ha perfilado una redefinición de instituciones cuya adecuación se justifica en procura de resguardarse de la inercia o, peor aún, la atrofia de las que suelen ser víctimas. La actividad constituyente ha venido a refrendarse con una sinergia sin parangón en la construcción de sistemas inteligentes e integrados, cuyo fin último es la racionalización del poder. Es decir, procurar la construcción de equilibrios que atenúen los efectos del mismo sobre los destinatarios, sin que ello genere fricciones que vayan en

<sup>18</sup> César Cansino, *La muerte de la ciencia política*, 2ª ed., México, Debate, 2010, p. 37.

<sup>19</sup> Diego Valadés, *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, pp. 5-28.

desmedro de las libertades, la gobernabilidad y el desarrollo institucional. En todo caso, el constitucionalismo logró llevar la lucha contra el poder al espacio normado, lo que permitió imponer reglas y límites,<sup>20</sup> gracias al pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII.

Lo que aparenta ser una incongruencia es todo lo contrario. Si bien la afirmación del control sobre el poder se ofrece contradictoria, la realidad evidencia que esto, *per se*, no es así. Aun cuando se cree que controlar el poder supone su disminución y la adopción formalista de una “separación de poderes”, ello no opera más que como un esquema referencial para la construcción de estructuras constitucionales de control mediante la diferenciación de lo que en realidad es un todo. Con razón se ha afirmado que “el problema del control del poder es en nuestro tiempo el eje de la vida institucional”, consideración que radica en el hecho cierto de la multiplicidad de factores que intervienen en el proceso de control del poder, entre ellos la lucha por este y en este. Al hablar de poder nos circunscribimos al poder político, es decir aquel que se relaciona de forma directa con el Estado y, por ende, con el entramado jurídico al cual está sujeto en cualquier sociedad. Esta última, siguiendo el planteamiento de Loewenstein, debe ser entendida como “un sistema de relaciones de poder, cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo”.<sup>21</sup>

Aun cuando comprende diversas definiciones, a efectos del presente artículo, la Constitución debe ser considerada como el estatuto del poder.<sup>22</sup> En ese sentido, es oportuno recordar que ella es el eje de la vida social, libro laico de la sociedad, la base de legitimación y el ejercicio de poder; es un instrumento de garantía de la libertad e igualdad y, a su vez, un punto de referencia que auspicia la cohesión social. En consecuencia, cuanto más intensas sean las tensiones producidas por diversos elementos, como la política o el factor ideológico, tanto mayor deberá ser el efecto integrador de la Constitución. Por tanto, la misma es condición esencial para el ejercicio del libre desenvolvimiento en sociedad y su función cohesionadora solo es posible en reconocimiento y garantía de la diversidad, por lo que el texto constitucional actúa de forma *homogeneizante* y *heterogeneizante*. La primera, en tanto ubica en planos iguales a todos los sujetos que regula, al pueblo o, en su acepción moderna, al ciudadano. La segunda opera bajo el reconocimiento de la diversidad que garantiza el pluralismo. La regulación jurídica del pluralismo democrático añade, en primer lugar, estabilidad; en segundo término, previsibilidad; en tercer lugar, por medio de las reglas jurídicas se delimita el lugar y el papel de cada uno de los sujetos actuantes. Ello, por cuanto la esencia del proceso del poder “consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran

---

<sup>20</sup> Valadés, *op. cit.*, 2006, p. 7.

<sup>21</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, p. 26.

<sup>22</sup> Valadés, *op. cit.*, 2002, p. 175.

compitiendo dentro de la sociedad estatal<sup>23</sup> De dicha afirmación se desprende que el control tiene un carácter procesal innegable, pero, a su vez, depende del disenso para su aplicación y, en consecuencia, amerita la presencia del pluralismo como hecho constitutivo para su representación. El pluralismo debe entenderse como la posibilidad de convivencia, en el marco del respeto y la tolerancia, de diversos matices de pensamientos e ideologías, credos y preferencias, sin que exista una superposición o imposición de uno sobre otro.

Siendo así, el proceso de control constituye una garantía, no solo de libertad sino de igualdad y pluralidad, así como de estabilidad institucional. Si damos por cierto el hecho de que el control representa una garantía, estaríamos, a su vez, implícitamente reconociendo que su presencia, intensidad, diseño y aplicación condicionan el sistema político. En un sistema constitucional, todo poder debe ser controlable, en tanto el derecho implica la relativización y las limitaciones; lo contrario es un poder absolutista y, por ende, un poder ajurídico. Consecuencia inmediata de ello es la determinación del contexto institucional, conforme al sistema de controles que se aplique y su efectividad: dictadura, democracia, autocracia, etc. Esta circunstancia ha generado sobrado interés en la doctrina constitucional, cuya preocupación creciente por la institucionalización de los procesos del poder ha permitido la identificación de rasgos distintivos a esos efectos: a) vigencia del Estado de derecho, b) existencia de libertades públicas, c) funcionamiento neutral de la burocracia, d) adopción de reglas que hagan predecible la acción de los órganos del poder, y e) autonomía de la sociedad civil.<sup>24</sup> Cuando concurren estas condiciones podremos hablar de una democracia constitucional, con todas sus implicaciones. La aplicación de dicho esquema en sentido inverso refleja –como es lógico– todo lo contrario, hasta llegar a la expresión máxima: el absolutismo. No obstante, suele darse el caso en el que solo se manifiestan algunos de estos caracteres; por ejemplo, dentro de un sistema puede existir formalmente un Estado de derecho (y, en consecuencia, predictibilidad en la acción estatal), pero el funcionamiento burocrático se halla condicionado a determinado estándar ideológico o la autonomía de la sociedad no es a plenitud. El sistema de controles, por tanto, amerita imaginación y creatividad, en tanto las combinaciones posibles suelen ser sumamente amplias; no por ello, el proceso constitucional debe embarcarse en un excesivo casuismo que termina por desfigurar el propósito normativo del texto constitucional.

Desde un punto de vista ontológico, Loewenstein afirma que el *telos* de toda constitución no puede ser otro que “la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político”. Por tanto, cada constitución tendría como rasgo distintivo una doble significación ideológica: “liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso

---

<sup>23</sup> Loewenstein, *op. cit.*, p. 27.

<sup>24</sup> Valadés, *op. cit.*, 2002, p. 180.

del poder”.<sup>25</sup> Siguiendo su línea argumental, esto solo es posible mediante el sometimiento a determinadas reglas y procedimientos por parte de los detentadores del poder en el ejercicio del poder político, es decir, el establecimiento de controles que sirvan como barrera de contención a las pretensiones omnívoras del poder.

Por ende, el valor de la carta en el Estado constitucional contemporáneo puede apreciarse en al menos cinco temas o rasgos distintivos:

1. Un instrumento de defensa de la democracia y liberación de la opresión política;
2. la consagración de los derechos fundamentales y sus medios de defensa;
3. la regulación y el control de la competencia y el ejercicio del poder político;
4. una de las bases del desarrollo económico, y
5. un modelo para la conducción de las relaciones internacionales.<sup>26</sup>

Puede parecer una perogrullada, sin embargo, ahí donde reside un poder sin límites ni coto, este tiende a desbordarse y excederse. Montesquieu lo resumió en una frase excepcional: “Es una experiencia eterna, decía, que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, hasta que encuentra límites [...] es por eso que por la disposición de las cosas es necesario que el poder limite al poder”. Su postulado sirvió como cimiento para la construcción del esquema de separación de poderes adoptado por las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII; su recepción terminó siendo un hecho definitorio de toda constitución democrática y, por ende, de la democracia misma, pero además permitió dar sustento al naciente constitucionalismo, por cuanto “limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo”.<sup>27</sup> En efecto, “mientras más se divida racionalmente el poder, más se garantiza la libertad de los ciudadanos”,<sup>28</sup> aun cuando dicha división solo se exprese en el campo imaginativo de las consideraciones.

En su proceso inicial, el esquema de separación de poderes fue concebido con un criterio de estricta rigidez. En el constitucionalismo contemporáneo esa rigidez se ha venido superando con el reconocimiento de la colaboración de poderes, por medio del cual los órganos de poder interactúan entre sí con el propósito de materializar los fines del Estado. De esa interacción se derivan relaciones de

<sup>25</sup> Loewenstein, *op. cit.*, p. 151.

<sup>26</sup> Arturo Hoyos, “El valor de la constitución en el Estado de derecho actual: instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales”, en Peter Häberle y Domingo García (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, t. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, pp. 780 y ss.

<sup>27</sup> Loewenstein, *op. cit.*, p. 29.

<sup>28</sup> José Peña, *Lecciones de derecho constitucional general*, vol. 1, t. 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008, p. 198.

carácter bidireccional, en las que los controles juegan un papel equilibrante para su materialización.

En Venezuela, el proceso constituyente de 1999 generó un nuevo esquema de interacción entre *los detentadores del poder*, al punto que se pasó de la tradición tripartita (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) al añadido de dos nuevos poderes: ciudadano y electoral (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 136). La razón de esta novedad constitucional se entiende “en un contexto social y político en el cual se deben dar signos claros del respeto a la independencia y autonomía funcional de la que deben gozar los órganos encargados de desarrollar las funciones respectivas, para facilitar la recuperación de la legitimidad perdida en terrenos tan delicados como el de los procesos electorales; así como de la función contralora y la defensa de los derechos humanos” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Exposición de motivos).

Es preciso destacar que el poder público es una expresión “omnicomprensiva de la potestad estatal, que es una sola y única, sustentada en la soberanía, y poderes públicos, o poder público, en singular, como complejo orgánico, al cual le corresponde realizar una función propia o típica”.<sup>29</sup> Lo distintivo del caso venezolano es que la concepción del sistema de equilibrios resulta excesivamente distorsionada en relación con la superposición del Ejecutivo sobre la Asamblea Nacional (Poder Legislativo) y de esta sobre el resto de los poderes, en tanto esta no solo nombra sino que también remueve a sus titulares. La superposición de un poder sobre otro es un hecho sintomático, que sugiere una patología generadora de claras distorsiones en el sistema.

A pesar de las bondades que ofrecen los controles, existen quienes afirman su inutilidad o fracaso en sus esquemas, que puede obedecer a múltiples factores: i) nominalidad de los controles, ii) inacción por parte de los titulares con responsabilidad de controlar, iii) ausencia de contextos adecuados para su encuadramiento, iv) desviación de su finalidad o, v) excesivo obstruccionismo en su aplicación. La ingeniería constitucional debe evitar en todo momento que los procesos de control terminen en bloqueo/autobloqueo por parte de las instituciones, lo que genera parálisis e incapacidad de respuestas a las demandas sociales. La construcción de un sistema de controles errado opera en contrasentido a la finalidad que procura y merma la calidad democrática. Esto permite la producción de factores de desencanto con la democracia y puede desembocar en una lucha contra el poder mismo en la contienda política. Un sistema de controles desatendido “conduce a la indiferencia, en que nadie se preocupa por lo que hacen los demás, o la complicidad, donde todos encubren los desaciertos propios con los ajenos”.<sup>30</sup> Curiosamente, el sistema de controles aparenta, por un lado, ser un constructo sencillo, pero su materialización

---

<sup>29</sup> Peña, *op. cit.*, p. 209.

<sup>30</sup> Diego Valadés, “El poder de controlar”, en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, t. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, p. 673.



ofrece todo lo contrario. Loewenstein infirió que el mecanismo de control del poder político más eficaz consistía en la atribución de distintas funciones a diversos detentadores que ejercieran su función con autonomía y responsabilidad, sin obviar que debían cooperar en la viabilidad de la voluntad estatal. Lo anterior significaría para cada uno de ellos una limitación, pero, a su vez, un control por medio de los *cheks and balances* (frenos y contrapesos).<sup>31</sup>

El sistema de controles, por tanto, debe ser capaz de alcanzar un estado óptimo de resiliencia que le permita enfrentar activamente las circunstancias del contexto normativo y social en el que se desempeña, a efectos de lograr el resultado procurado, esto es, consolidar equilibrios institucionales que garanticen la libertad de los destinatarios del poder.

Para la consolidación democrática de un Estado de derecho óptimo, apegado a los valores de justicia e igualdad, se requiere un sistema de manejo del poder que garantice la prevalencia de los derechos de la totalidad de los integrantes del Estado. Es decir, el abandono de las viejas tesis mayoritarias, en reconocimiento de las minorías, o, mejor aún, en la construcción incluyente de una sociedad participativa. Ello es posible no solamente en el deseo utópico sino en la realidad palpable, mediante la construcción de sistemas inteligentes que refuercen el desempeño del poder en el marco de parámetros prefijados, maximicen su eficiencia y minimicen su nocividad en la esfera de libertades del individuo.

No se trata, empero, de la reducción del Estado, ni del abandono de sus funciones tradicionales o relativamente modernas, sino, por el contrario, de su funcionamiento en mejores contextos de desempeño que hagan factible el ejercicio de su poder, garantizando resultados transparentes y verificables.

El control político, presente en la totalidad de los Estados constitucionales contemporáneos, ofrece una gama de posibilidades excepcionales en la disminución de las asimetrías entre gobernados y gobernantes, pero, a su vez, permite la interacción efectiva, sin intromisiones indebidas, entre los diversos detentadores del poder, lo que se traduce en su clara racionalización.

La racionalización del ejercicio del poder es un imperativo propio de toda sociedad secularizada; su traducción más inmediata es el desempeño de las responsabilidades contenidas en la norma por parte de los distintos órganos de poder, de manera controlada y responsable. De esa forma, ofrece relaciones de equilibrios que procuren estabilidad y predictibilidad en la acción estatal del sistema, sin merma en la eficacia, en resguardo de las libertades públicas.

Si bien el constitucionalismo contemporáneo ha materializado distintas formas de frenar el poder a lo largo del desarrollo histórico, ninguna ha tenido mayor calado y perseverancia que el control político, por cuanto su acción no es remediadora sino, por el contrario, contenedora. En ese sentido, a diferencia de, por ejemplo, la acción de control de constitucionalidad, ejercida por un tribunal constitucional en

---

<sup>31</sup> Loewenstein, pp. 68-69.

reparación de un daño jurídico causado al sistema normativo, el control político se ofrece como una alternativa para evitar esas instancias en las que el daño ha sido infligido y, por ello, su consumación altera el estado de cosas.

## Conclusiones

El sistema constitucional responde a un entramado de relaciones con una serie de subsistemas que actúan como simbiosis y cuya sinergia se potencia mutuamente. En ese sentido, ahí donde exista un sistema constitucional consolidado, es decir, donde primen de forma evidente condiciones de gobernabilidad democrática, necesariamente habrá un sistema de partidos potenciados que cumplirán a cabalidad su rol de mediadores entre el Estado y la sociedad. Además, su desempeño institucional estará orientado a la preservación y promoción de las libertades públicas; por tanto, el sistema de controles operará de forma efectiva como contención en el resguardo de los intereses de los gobernados y en la preservación del Estado. La construcción de partidos fuertes es requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado robusto, limitado y responsable, que dé respuestas oportunas a las demandas ciudadanas, en acatamiento de las formas y los procedimientos democráticos.

En esta materia, Iberoamérica, y de forma particular América Latina, tiene un enorme déficit, que se constata con la existencia de regímenes autoritarios, de cuño militar y populista, cuya estancia en el poder ha significado un desmedro en las libertades públicas y una evidente fragmentación en los sistemas de partidos, lo que de facto significa la anulación material del sistema de controles.

Es imperiosa una reformulación que apunte en dos direcciones: por un lado, al fortalecimiento del fomento de la gobernabilidad democrática como política de Estado, que genere estabilidad, e inclusión y cohesión social en lo interno; por el otro, a la reafirmación del papel central que ocupan las organizaciones partidistas dentro del sistema, a fin de profundizar en la construcción democrática; esto solo es realizable si logramos la vigencia efectiva de los derechos fundamentales del *demos*.

## Bibliografía

- CANSINO, César, *La muerte de la ciencia política*, 2ª ed., México, Debate, 2010.
- \_\_\_\_\_, “El transfuguismo en México y otras patologías”, en L. E. RÍOS VEGA (coord.), *El transfuguismo electoral: el caso de México*, México, Universidad Autónoma de Coahuila, 2012. Disponible en: <http://politicaparaciudadanos.blogspot.com/2012/02/el-transfuguismo-en-mexico-y-otras.html>
- CÓRDOVA, Lorenzo, “Repensar la gobernabilidad de las democracias”, en Diego VALADÉS (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

- HOYOS, Arturo, “El valor de la constitución en el Estado de derecho actual: instrumento para proteger y desarrollar la democracia, medio de consagrar y tutelar los derechos fundamentales, controlar el poder político, base del desarrollo económico y modelo para las relaciones internacionales”, en Peter HÄBERLE y Domingo GARCÍA (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, t. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976.
- PACHANO, Simón, *La trama de Penélope: procesos políticos e instituciones en Ecuador*, Quito, Flacso, 2007.
- PEÑA, José, *Lecciones de derecho constitucional general*, vol. 1, t. 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008.
- PERÍCOLA, María y LINARES, Joaquín, “El transfuguismo político como elemento distorsionador de la representación política”, *Revista Pensar en Derecho*, año 2, núm. 3, 2013. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/el-transfuguismo-politico-como-elemento-distorsionador-de-la-representacion-politica.pdf>
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Washington, D. C.: PNUD, 2004.
- RAMOS, Alfredo, *La construcción del orden democrático. Burocracia, tecnocracia y meritocracia*, Mérida, Centro de Investigaciones de Política Comparada ULA, 2014.
- RIVAS, José Antonio, *Transformaciones y crisis de los partidos políticos. La nueva configuración del sistema de partidos en Venezuela*, Barcelona, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2002.
- VALADÉS, Diego, “El poder de controlar”, en *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, t. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Constitución y democracia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.
- \_\_\_\_\_, “Consideraciones sobre gobernabilidad y constitucionalismo. Estudio introductorio”, en Diego VALADÉS (ed.), *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.
- \_\_\_\_\_, *El control del poder*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

**Claudio Nash Rojas\* (Chile)**

## **Democracia, participación ciudadana y corrupción. Algunas lecciones para el caso chileno**

### **RESUMEN**

Este estudio trata sobre la participación ciudadana y las políticas anticorrupción en el modelo chileno de consolidación democrática. Sostiene que un ejercicio sustantivo de la participación ciudadana en las políticas anticorrupción es un requisito de legitimidad y de efectividad que no puede estar ausente si se quiere avanzar positivamente en la construcción de una democracia sólida, y que controle y prevenga de manera eficaz la corrupción política. A partir de dicha hipótesis, y de la experiencia sobre participación ciudadana en Chile, se desarrollan algunas de las medidas que pueden tomarse para fortalecer la participación ciudadana en nuestra democracia aún en construcción.

**Palabras clave:** participación, democracia, corrupción.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Diese Untersuchung befasst sich mit der Bürgerbeteiligung und der Politik zur Korruptionsbekämpfung im chilenischen Modell der demokratischen Konsolidierung und vertritt die Auffassung, dass eine substanzielle Bürgerbeteiligung an der Anti-Korruptionspolitik ein legitimierendes Element darstellt, das ihre Effektivität steigern und einen positiven Beitrag zum Aufbau einer gefestigten Demokratie leisten kann, die der politischen Korruption durch Kontrollen und vorbeugende Maßnahmen wirksam begegnet. Ausgehend von dieser Hypothese und den in Chile auf dem Gebiet der Bürgerbeteiligung gesammelten Erfahrungen werden einige Maßnahmen vorgeschlagen, die mit dem Ziel umgesetzt werden könnten, die Bürgerbeteiligung in unserer noch im Aufbau begriffenen Demokratie zu stärken.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Doctor en Derecho (Universidad de Chile). Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Presidente de la Fundación Diálogo Jurisprudencial Iberoamericano. [cnash@derecho.uchile.cl](mailto:cnash@derecho.uchile.cl)

**Schlagwörter:** Partizipation, Demokratie, Korruption.

## SUMMARY

This study discusses citizen participation and anti-corruption policies under the Chilean model of democratic consolidation. It maintains that the substantive exercise of citizen participation in anti-corruption policies is a requirement of legitimacy and effectiveness that cannot be missing if we want to make progress in the construction of a solid democracy that effectively controls and prevents political corruption. Based on this hypothesis, and the experience of citizen participation in Chile, the study develops some of the measures that can be taken to strengthen citizen participation in our democracy, still under construction.

**Key words:** Participation, democracy, corruption.

## Introducción

La construcción de una democracia sólida en Chile ha estado marcada por el proceso de transición democrático desde la dictadura militar (1973-1990). La dictadura no fue un Gobierno de facto que, simplemente, constituyera un paréntesis entre dos periodos democráticos, sino que tenía una fuerte vocación refundacional e implementó profundas transformaciones en la sociedad chilena. Estas transformaciones fueron económicas (sistema neoliberal), políticas (una visión autoritaria de la democracia), social (fuerte segregación social y marginación de amplios sectores de la población) y cultural (compromiso conservador en cuestiones vinculadas con la autonomía personal).

A los efectos de este estudio nos interesa recalcar la visión de la democracia que hereda la transición chilena. En el modelo de la dictadura el sistema democrático tenía dos características, por una parte, estaba enfocado en una idea formal de la democracia, centrada en el derecho al sufragio, sin considerar otras formas de participación política sustantiva de la ciudadanía (la Constitución de 1980 no contemplaba otras formas de participación ciudadana como referendos, plebiscitos, revocación de autoridades o consultas). Por otra, se caracterizaba por ser un modelo de democracia “protegida” con un rol relevante de las Fuerzas Armadas como custodias del modelo, y una serie de mecanismos constitucionales para garantizar su vigencia más allá de los cambios en las autoridades políticas electas (la Constitución consagraba figura de senadores designados, tutela del Consejo de Seguridad, sistema electoral que garantizaba el bipartidismo, un Tribunal Constitucional con amplias facultades de tutela sobre el Legislativo, entre otras).

Durante la transición a la democracia se han realizado una serie de modificaciones del modelo original; es particularmente importante la reforma constitucional de 2005 que modificó varios de los enclaves autoritarios de la Constitución. Mas, estos cambios no han ido en el sentido de ampliar las formas de participación de

la ciudadanía en el debate político y la posibilidad real de que dicha participación tenga un impacto sustantivo en el sistema democrático.

Enfrentados a la crisis que trajo aparejada la oleada de casos de corrupción a altos niveles del sistema político desde 2015 a la fecha, se ha abierto una discusión profunda sobre los alcances del fenómeno de la corrupción en Chile y las medidas que deben tomarse para enfrentar dicho fenómeno de manera real y no meramente simbólica.

De ahí que parezca interesante revisar qué lecciones podemos sacar en Chile sobre el cruce de estos dos elementos que han estado presentes en nuestra transición y que, a la fecha, no han sido abordados adecuadamente. Por una parte, la participación ciudadana como un ejercicio de derechos humanos y, por otra, las políticas de prevención y control de la corrupción.

Nuestra hipótesis es que un ejercicio sustantivo de la participación ciudadana en las políticas anticorrupción es un requisito de legitimidad y de efectividad que no puede estar ausente si se quiere avanzar efectivamente en la construcción de una democracia sólida, que controle y prevenga de manera eficaz la corrupción política.

Este estudio se divide en tres secciones: una primera, destinada a revisar los distintos alcances de la participación ciudadana en una sociedad democrática; una segunda, sobre participación y lucha contra la corrupción en la experiencia reciente en Chile; finalmente, algunas lecciones que debiéramos tener presentes al diseñar políticas anticorrupción con perspectiva ciudadana.

## 1. Contexto de la discusión

### 1.1. Participación y democracia

Durante años se ha discutido sobre el alcance de la idea democrática.<sup>1</sup> Las discusiones han estado centradas en los aspectos formales (democracias presidenciales, parlamentarias, semipresidenciales), en aspectos filosóficos (democracias sustantivas, formales, deliberativas) o en aspectos políticos (democracias representativas, participativas). Nos interesa particularmente este último debate. El ideal democrático se ha enfocado en la delegación de poderes a partir de la idea ilustrada del pacto social. A partir de dicho pacto, los individuos ceden algunos elementos de su autonomía individual para conformar una asociación política que permite la vida en sociedad. Para administrar dicha asociación, las personas eligen a sus representantes, quienes toman decisiones en su representación. Así entendido el ideal democrático, no es extraño que el centro de la discusión sobre participación se dirija hacia el derecho al sufragio. La posibilidad de elegir y ser elegido pasa a ser el elemento medular

---

<sup>1</sup> Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*, México, Tribunal Federal Electoral – Instituto Federal Electoral, 1993.

para construir un sistema democrático donde los individuos puedan participar en la elección de sus autoridades. Buena parte de las luchas políticas del siglo XX estuvieron centradas, precisamente, en la ampliación de la ciudadanía electoral frente a modelos que originalmente excluían a amplios sectores sociales. La forma en que se resolvían estas tensiones nos permitía hablar de democracias representativas como ideal democrático.

Durante las últimas décadas se ha abierto un nuevo debate sobre los alcances de la participación en los sistemas democráticos.<sup>2</sup> La idea de una democracia representativa se va haciendo insuficiente frente a la demanda de participación directa de distintos sectores de la sociedad. La posibilidad de ser parte de las decisiones colectivas en áreas relevantes es una demanda creciente. La forma de canalizar estas discusiones no ha sido uniforme. Por una parte, en algunos lugares se han abierto formas directas de participación política (el caso uruguayo es uno de los más interesantes ya que la forma plebiscitaria se ha transformado en un instrumento recurrente para dirimir conflictos políticos y sociales), e incluso se han constitucionalizado a través de figuras como los referéndums, iniciativas legales de origen popular, formas de *impeachment*, y demás.<sup>3</sup> En otras experiencias, las formas de participación se han dado en aspectos más cotidianos, como en la participación y el control de la actividad de la gestión pública, controles presupuestarios, decisión sobre inversiones públicas, entre otros.<sup>4</sup> Todas estas son formas de ir construyendo espacios de participación directos que redefinen el ideal democrático hacia uno de mayor participación.

Si bien la participación directa de la ciudadanía puede ser vista como un complemento de la representación democrática, también existe el riesgo de que pueda usarse como un sustituto. En la experiencia latinoamericana reciente ha habido una tentación de plantear formas de participación directa como mecanismos que sustituyen las formas tradicionales de control institucional o contrapesos propios de un sistema democrático.<sup>5</sup> La tentación populista latinoamericana ve en los mecanismos de participación directa una forma de evitar los controles propios de un

---

<sup>2</sup> Nuria Cunill Grau, *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social*, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Editorial Nueva Sociedad, 1997.

<sup>3</sup> Para un estudio interesante sobre medidas concretas de participación a partir del caso ecuatoriano, ver Juan Carlos Benalcázar, *Participación ciudadana y control de la corrupción*. UNAM, Tercer Congreso Iberoamericano y Cuarto Mexicano de Derecho Administrativo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. Disponible en: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreibero/ponencias/juancarlosbenalcazar.pdf>

<sup>4</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH), Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos, A/HRC/30/26, 23 de julio de 2015, pp. 40-50.

<sup>5</sup> Julie Massal y Marcelo Bonilla, "Introducción", en *Los movimientos sociales en las democracias andinas*, Lima, Flasco, 2005. Disponible en: <http://books.openedition.org/ifea/3670>

sistema de poderes que se controlan mutuamente.<sup>6</sup> Así, casos como el de Venezuela son un ejemplo claro de que tras un discurso de participación lo que se esconde es un proyecto autoritario de control del aparato de poder público que, aprovechando mayorías circunstanciales, copa el aparato de poder y elimina de facto las posibilidades de control democrático propias de un Estado de derecho.<sup>7</sup>

Una expresión interesante de los esfuerzos para construir formas de participación efectiva en una sociedad democrática que, a la vez, no pongan en riesgo la idea de democracia, ha venido desde los estudios de gobernanza participativa. Estos esfuerzos plantean la necesidad de “rescatar la dimensión política de la participación”<sup>8</sup> para la construcción de democracias, donde la participación de la ciudadanía sirve como un elemento de legitimidad de las decisiones de la administración, ya que dicha participación pasa a ser un elemento de la deliberación democrática y de la eficacia de las políticas públicas.<sup>9</sup> En este modelo, la participación es multifuncional; por un lado, es parte de las decisiones directas y no solo delegadas (leyes), es parte del diseño de las políticas, su implementación y evaluación; y, por otro, es parte de la discusión democrática, a través de las consultas ciudadanas, la orientación de decisiones colectivas y, sobre todo, del control de la actividad de las autoridades.<sup>10</sup>

## 1.2. Participación y derechos humanos

La consagración del derecho a la participación en los instrumentos de derechos humanos es consistente con una visión sustantiva de participación de una sociedad democrática. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se ha consagrado el derecho a la participación política,<sup>11</sup> lo mismo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966)<sup>12</sup> y la Convención Americana

<sup>6</sup> Joaquín Alberto Aldao, “Populismos latinoamericanos en el siglo XX. Apuntes para la actualización de un debate”, *Historia Caribe*, vol. VIII, núm. 23, 2013, pp. 149-169.

<sup>7</sup> Stephan Launay, “Democracia representativa y democracia participativa. Comentarios alrededor de la comparación entre la Colombia y la Venezuela contemporáneas”, *Revista Desafíos*, vol. 24, núm. 1, 2012, pp. 155-174.

<sup>8</sup> Luisa Cano, “La participación ciudadana en las políticas públicas de lucha contra la corrupción: respondiendo a la lógica de gobernanza”, en *Estudios Políticos*, núm. 33, 2008, p. 166.

<sup>9</sup> *Ibid.*, pp. 154-159.

<sup>10</sup> Rodolfo Canto, “Participación ciudadana, pluralismo y democracia”, *Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 41, 2017, pp. 54-75.

<sup>11</sup> Artículo 21: “1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual, y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

<sup>12</sup> Artículo 25: “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:



sobre Derechos Humanos (CADH) (1969).<sup>13</sup> Los elementos comunes de la recepción internacional son la garantía del derecho a elegir (sufragio) y ser elegido, el acceso a las funciones públicas y los límites legítimos que pueden ser regulados en el ámbito nacional. Llama la atención que solo en el caso de la Declaración Universal se haga expresa referencia al tema de la legitimidad del poder político, que radica en la “voluntad del pueblo” (art. 21.3).

Los órganos de supervisión internacional también han dado un sentido sustantivo a este derecho de participación.<sup>14</sup> Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha destacado el derecho a la participación directa cuando los ciudadanos “deciden cuestiones de interés público mediante referendos u otros procesos electorales”, y como “adoptar decisiones sobre cuestiones locales o sobre los asuntos de una determinada comunidad por conducto de órganos creados para representar a grupos de ciudadanos en las consultas con los poderes públicos”.<sup>15</sup> Asimismo, el Comité destaca la relación de este derecho con otros consagrados en el PIDCP en el sentido de que “los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación”.<sup>16</sup>

Por su parte, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los derechos políticos electorales cumplen un rol fundamental dentro de un sistema democrático representativo. En efecto, ha señalado que “los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos

---

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

<sup>13</sup> Artículo 23: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 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”.

<sup>14</sup> El Alto Comisionado ha puesto especial énfasis en la necesidad de adoptar medidas que permitan la participación de colectivos en situación de “discriminación estructural” como mujeres, pueblos indígenas y personas en situación de discapacidad (OACDH, *op.cit.*, pp. 70 y ss.).

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General 25, La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párr. 6.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 8.

internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”.<sup>17</sup> El ejercicio de estos derechos supone una idea amplia de participación. Para la Corte IDH, la participación política debe ser entendida en un sentido complejo, ya que

puede incluir amplias y diversas actividades individuales u organizadas, sea con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, pero también esta actividad puede buscar influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.<sup>18</sup>

De ahí que el ejercicio efectivo de los derechos políticos “constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”.<sup>19</sup> A su juicio, para lograr un pleno goce y ejercicio de estos derechos políticos, el Estado “debe propiciar las condiciones y mecanismos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”.<sup>20</sup> En este sentido, no basta con que el derecho exista, sino que es necesario que el Estado garantice la “posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos”.<sup>21</sup>

El derecho que está directamente relacionado con la posibilidad de participar en el control de la actividad del Estado es el de acceso a la información.<sup>22</sup> La Corte IDH ha señalado que 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

---

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, núm. 184, párr. 141.

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, núm. 184, párr. 146.

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, núm. 212, párr. 107. En el mismo sentido, Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C, núm. 302, párr. 162.

En la perspectiva del derecho a la participación como un derecho instrumental para el sistema democrático, ver OACDH, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso López Lone y otros vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C, núm. 302, párr. 163.

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 283, párr. 185.

<sup>22</sup> OACDH, *op. cit.*, p. 73.

control social que se puede ejercer con dicho acceso”<sup>23</sup> El ejercicio de este derecho tiene un impacto vital en la efectividad de la participación cuando el acceso es expedito, la información se entrega en forma oportuna, dicha información es pertinente y se brinda en un formato accesible.<sup>24</sup>

En definitiva, el derecho a la participación en los asuntos públicos es un derecho humano ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales. Los alcances de este derecho no se agotan en los derechos políticos-electorales, sino que abarcan espacios más amplios de influencia, que el Estado está obligado a respetar y garantizar en condiciones de igualdad, como debe hacerlo en relación con todos los derechos consagrados internacionalmente. Para ello, las autoridades públicas deben organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno ejercicio de estos derechos y, en caso de grupos en situación de discriminación, deben tomarse medidas efectivas de acción afirmativa para permitir su participación real y no meramente simbólica.

### 1.3. Participación y lucha contra la corrupción

En materia de políticas de lucha contra la corrupción es necesario tener en cuenta que este fenómeno no se limita a los perjuicios económicos derivados del abuso de posiciones de poder,<sup>25</sup> sino que estos actos tienen un impacto colectivo e institucional.<sup>26</sup> Formas complejas de corrupción, como son la corrupción estructural, el tráfico de influencias, la captura del Estado y el cohecho internacional deben ser tratadas integralmente, atacando las bases que las permiten y fomentan.

Para explicar los factores que influyen en el desarrollo de formas estructurales de corrupción debemos estar atentos a los tres elementos que ha destacado Klitgaard como facilitadores de este fenómeno: concentración/monopolio de poder, amplios espacios de discrecionalidad y ausencia de mecanismos de control.<sup>27</sup> Sin duda, los dos primeros son aspectos a los que normalmente se les presta atención en las políticas anticorrupción. Limitar los monopolios de poder, sean estos económicos o

---

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151, párr. 86.

<sup>24</sup> Claudio Nash, Gina Chacón y Macarena Rodríguez, *Estudio comparado sobre el impacto que tienen las instituciones que resguardan el acceso a la información pública en Chile y México sobre los Derechos Humanos en la ciudadanía*, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2016. Disponible en: <http://www.uchile.cl/publicaciones/130631/impacto-de-instituciones-que-resguardan-informacion-publica-sobre-ddhh>

<sup>25</sup> Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, 2009. Disponible en: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci3n.pdf>

<sup>26</sup> Jorge Malem, *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2014.

<sup>27</sup> Robert Klitgaard, *Controlando la corrupción*, La Paz, Editorial Quipus, 1990.

políticos, es un tema de preocupación en distintos enfoques sobre la corrupción;<sup>28</sup> asimismo, limitar los espacios de discrecionalidad de la autoridad es un tema que preocupa en enfoques políticos<sup>29</sup> o institucionales.<sup>30</sup> Sin embargo, en materia de controles, las miradas normalmente se centran en aspectos institucionales, como el control interinstitucional, o en la respuesta penal, pero hay menos desarrollos en la participación ciudadana como una forma de control efectivo que permita disminuir los espacios de impunidad o prevenir los actos de corrupción.

A fin de relevar la participación como un elemento estructural en la lucha contra la corrupción, los instrumentos internacionales son un buen punto de partida. La Convención Interamericana de Lucha Contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (1996), en sus artículos III.11 y XIV.2 hace referencia a la necesidad de estimular la participación de la sociedad civil en materia de lucha contra la corrupción. Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Corrupción (2003, en los artículos 5.1 y 13), hace referencia a la participación de la ciudadanía. Este último es particularmente importante ya que contempla diversas dimensiones que deben considerar los Estados parte; así, dispone no solo la necesidad de dicha participación, sino que indica medidas concretas que deben tomarse como:

a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; b) garantizar el acceso eficaz del público a la información; c) realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios; d) respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: i) garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros; ii) salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas (art. 13.1 letra d).

Asimismo, en el mismo artículo 13 (num. 2), la Convención fomenta “el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención”.

---

<sup>28</sup> Susan Rose-Ackerman y Bonnie Palifka, *Corruption and Government Causes, Consequences and Reform*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, 2016.

<sup>29</sup> Michael Johnston, *Corruption and Reform: One Size Does Not Fit All*, International Anti-Corruption Summer Academy Publication (Iacsa), 2012.

<sup>30</sup> Frédéric Boehm y Johann Graf, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 11, núm. 21, 2009, pp. 45-72.

En un sentido amplio, la participación ciudadana en materia de lucha contra la corrupción lo que persigue es legitimar la actuación de la administración, en el entendido de que no es suficiente el respaldo de la ley para legitimar socialmente una medida estatal.<sup>31</sup>

En síntesis, la construcción de democracias socialmente legitimadas supone adoptar medidas para el ejercicio de la participación ciudadana, entendida esta como un derecho humano de alcance amplio, que comprende derechos político-electorales, derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad, y cuya restricción solo se permite cuando está legalmente establecida, tiene un objetivo legítimo y se implementa a través de medidas necesarias en una sociedad democrática. Esta visión robusta de la participación tiene un impacto evidente en las políticas anticorrupción. La participación no queda así limitada a la denuncia de casos de corrupción (siempre necesaria y que debe ser fomentada por la autoridad), sino que también es un elemento relevante para legitimar las políticas anticorrupción y, por último, es parte de los instrumentos de las políticas para prevenir este flagelo en sociedades democráticas.

## 2. Participación y corrupción en el caso chileno

Estudiar la relación entre participación ciudadana y política anticorrupción en el caso chileno es interesante porque estamos ante una sociedad en la que si bien se ha vivido un largo proceso de transición y de consolidación democrática, ni los temas de participación ciudadana ni los de lucha contra la corrupción han estado en el centro de la discusión y solo en los últimos años han pasado a ser temas de agenda pública según pasamos a revisar.

### 2.1. Participación y base normativa

La Constitución de 1980, en su artículo 4, establece que “Chile es una república democrática”, y en el artículo 13, inc. 2, consagra que “la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran”. Sobre la soberanía, el artículo 5, inc. 1, establece que esta “reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”, y el inciso 2º establece los derechos humanos como límites a la soberanía en los siguientes términos: “El ejercicio de la soberanía reconoce como

---

<sup>31</sup> William Gallo, “La participación ciudadana en el combate contra la corrupción: un análisis desde la carga de prevenir el daño en el panorama jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Público*, núm. 86, 2017, pp. 31-52.

limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Sobre el plebiscito, este se contempla para el caso de desacuerdo entre el Ejecutivo y el Congreso en una reforma constitucional, y solo puede ser convocado por el presidente (arts. 128 y 129).

En cuanto a la participación como derecho fundamental, la Constitución no es explícita. La única referencia a esta en el catálogo de derechos es una negativa, esto es, señala que los partidos políticos no tendrán el monopolio de la participación ciudadana (art. 19, núm. 14, inc. 5). Asimismo, hay normas algo más desarrolladas sobre participación a nivel local o municipal (arts. 118 y 119).

A nivel legislativo, la principal normativa que regula la participación ciudadana es la ley 20.500 del 2011, sobre participación ciudadana en la gestión pública. Esta ley establece el fomento de las organizaciones ciudadanas, fijando formas de financiamiento, y regula su participación en las reparticiones públicas y la obligación de rendición de cuentas por parte de las autoridades.

En definitiva, tanto a nivel constitucional como legal, las modalidades de participación son formales (elecciones, consejos ciudadanos) y con algunos desarrollos también formales en materia de rendición de cuentas.

## 2.2. Participación y corrupción

En la praxis, la sociedad civil en Chile no ha ido mucho más allá de los límites normativos. En el periodo de transición y consolidación democrática no ha sido una constante una sociedad civil activa y vigilante de la actividad del Estado. El gran quiebre en este sentido se da desde el año 2011, cuando en el marco de las protestas estudiantiles en materia de educación se abrieron las puertas a una serie de temas “ciudadanos” como la preocupación por el medio ambiente, la diversidad sexual, los derechos reproductivos, hasta las demandas feministas de este último año, entre otros.

En materia de lucha contra la corrupción el panorama tampoco es muy distinto. En efecto, los casos más importantes de los últimos años con referencia a corrupción, captura del Estado y tráfico de influencias no han surgido en el marco de denuncias ciudadanas fruto de una sociedad civil atenta y vigilante respecto de la actividad del Estado. Para destapar estos casos ha sido fundamental la denuncia de los propios involucrados<sup>32</sup> o han surgido en el marco de investigaciones sobre delitos tributarios

---

<sup>32</sup> A modo de ejemplo el caso Penta, relativo al financiamiento ilegal de la política, surge de la denuncia de un ejecutivo de la empresa porque no le pagaron el finiquito laboral al que él aspiraba. Información sobre el caso disponible en: <https://ciperchile.cl/especiales/financiamiento-irregular-politica/>

normales,<sup>33</sup> pero no han sido denuncias, seguimientos o investigaciones periodísticas<sup>34</sup> o de la sociedad civil las que han estado tras su denuncia.

En lo que sí ha jugado un rol central la sociedad civil es en manifestar su indignación por estos casos, que daban cuenta de que en Chile existía un problema de corrupción a gran escala en los altos círculos del poder político chileno, que se venía incubando desde la dictadura militar. Frente a una transición a la democracia donde la impunidad de los actos ilícitos ocurridos en la dictadura jugaban un rol central en el modelo transicional, los hechos de corrupción durante el régimen militar –y ya en democracia– estuvieron lejos de las preocupaciones prioritarias de la sociedad organizada. Mas, una vez que se dan a conocer los casos, la respuesta de la sociedad civil es contundente y las manifestaciones de indignación impidieron cerrar los casos a través de un acuerdo político, como había sucedido en el pasado.

Esta indignación se tradujo en las encuestas de opinión pública, donde por primera vez en la historia de Chile el tema de la corrupción pasó a ocupar uno de los tres primeros lugares de preocupación de la ciudadanía.<sup>35</sup> Asimismo, las redes sociales jugaron un rol central para expresar el malestar ciudadano frente a los casos de corrupción, y también frente a los intentos por cerrarlos sin que los actores principales asumieran su responsabilidad. Un ejemplo de esto fue la formalización de cargos penales a los dueños de una de las empresas involucradas en el financiamiento ilegal de la política (Carlos Délano y Carlos Lavín), la que fue transmitida en directo por distintos canales de televisión que luego transmitieron, también en vivo, el momento en que estos ejecutivos ingresaron a prisión.

Esta indignación ciudadana también tuvo algunas expresiones electorales. En las elecciones municipales de 2016, en medio de los escándalos de corrupción, los candidatos vinculados con los escándalos de financiamiento ilegal fueron duramente castigados y varios de ellos no fueron reelegidos en sus cargos.<sup>36</sup> Pero este impulso se revirtió rápidamente, y en las elecciones presidenciales de 2017 la

---

<sup>33</sup> El caso de la empresa Soquimich (SQM) es un claro ejemplo de esto, ya que en la investigación sobre fraude con boletas y facturas de un político, surge una arista de financiamiento ilegal que ha involucrado a buena parte de la clase política chilena. Información sobre el caso disponible en: <https://ciperchile.cl/especiales/financiamiento-irregular-politica/>

<sup>34</sup> Un caso excepcional que sí surgió de una investigación periodística (*Revista Qué Pasa*) es el destape del caso Caval, que involucraba al entorno familiar de la expresidenta Bachelet. Disponible en: <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/02/1-16218-9-un-negocio-caval.shtml/>

<sup>35</sup> Es un dato entregado por uno de los estudios de opinión más influyentes en Chile: la Encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP), agosto de 2016. Disponible en: [http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160818/asocfile/20160818165239/encuestacep\\_julio\\_agosto2016.pdf](http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160818/asocfile/20160818165239/encuestacep_julio_agosto2016.pdf)

<sup>36</sup> Un caso emblemático fue la elección en la municipalidad de Santiago, la más importante políticamente en Chile, donde la alcaldesa no fue reelegida luego de verse directamente involucrada en financiamiento ilegal de su partido (PPD). Este caso es muy relevante ya que este es un partido de centroizquierda que buscó financiamiento en una empresa privatizada por la dictadura y cuyo dueño es exyerno del general Pinochet.

ciudadanía eligió presidente a Sebastián Piñera quien era apoyado por los principales partidos involucrados en el financiamiento ilegal de la política y, él mismo, ha sido cuestionado en más de una ocasión por casos de conflictos de interés.

Sin perjuicio del escenario de concentración de medios existente en Chile, no hay duda de que, a la fecha, los principales casos de corrupción se han mantenido vigentes a partir de investigaciones periodísticas. Estas investigaciones se ven en el marco de un periodismo investigativo aún muy incipiente en el país. Cabe destacar, en este contexto, el rol que están jugando los medios digitales, que con menores costos y sin el grave problema de la distribución física, están ampliando el espectro de medios de información relevantes en Chile. Hasta ahora, estos medios han servido para mantener las noticias vigentes, pero aún sin capacidad investigativa propia.<sup>37</sup>

### 2.3. Participación y medidas anticorrupción en Chile

A la fecha, el principal esfuerzo articulador de propuestas para superar la corrupción en Chile ha sido el informe del Consejo Asesor Presidencial para este tema conformado por iniciativa de la expresidenta Bachelet en 2015.<sup>38</sup> Ahí se formularon un conjunto coherente de propuestas a distintos niveles, que están siendo implementadas por diversos organismos del Estado, partidos políticos y sector privado.<sup>39</sup>

Las medidas propuestas por el Consejo Asesor, y otras que se han ido sumando al debate público apuntan, fundamentalmente, a mejoras de tipo normativo o institucional, pero no se han adoptado medidas para mejorar la participación ciudadana en el diagnóstico sobre qué hacer, ni las medidas que se van a implementar, ni su control y evaluación.

En síntesis, el involucramiento de la sociedad civil en los asuntos públicos sigue siendo un déficit de las políticas preventivas anticorrupción en Chile.

El otro frente es el del control represivo. Frente a los casos de corrupción denunciados, y teniendo en cuenta el alto perfil político y poder económico de los involucrados, es fundamental el rol que puede jugar el poder judicial para dar garantías a la sociedad de que estos casos serán juzgados de forma independiente e imparcial.

Infortunadamente, en el marco de la persecución penal de casos de corrupción en Chile, el Ministerio Público ha sido objeto de severos cuestionamientos.<sup>40</sup> Este

---

<sup>37</sup> Es de justicia destacar al principal medio de investigación periodística hoy en Chile: el Centro de Investigación Periodística (Ciper) ([www.ciper.cl](http://www.ciper.cl)).

<sup>38</sup> El informe completo se puede encontrar en: [http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/04/Consejo\\_Anticorrupcion\\_Informe\\_Final.pdf](http://consejoanticorrupcion.cl/wp-content/uploads/2015/04/Consejo_Anticorrupcion_Informe_Final.pdf)

<sup>39</sup> Una asociación de dos ONG que dan seguimiento a los proyectos que surgieron del informe señala que a julio de 2018 se han concretado un 63 % de las propuestas del Consejo Asesor. Disponible en: <https://observatorioanticorrupcion.cl/>

<sup>40</sup> A la fecha en que se escribe este artículo (julio de 2018), un grupo de parlamentarios ha iniciado los trámites constitucionales para la destitución del fiscal nacional, precisamente por no dar garantías suficientes de su compromiso por investigar los casos de corrupción política.



órgano, constitucionalmente autónomo,<sup>41</sup> debe garantizar que la investigación de casos de corrupción será eficaz e independiente. La actual dirección nacional del Ministerio Público, bajo el fiscal nacional Jorge Abbott, y, particularmente, el actuar de los principales fiscales a cargo de casos de corrupción de alto impacto público,<sup>42</sup> han tomado medidas que parecieran ir en un sentido contrario al de el sólido impulso investigativo que había caracterizado el actuar del Ministerio Público al comienzo de los escándalos de corrupción vinculados con el mundo político.<sup>43</sup>

Esto trae a colación dos debates: por una parte, determinar si la legislación penal vigente es suficiente para enfrentar corrupción a gran escala, y parece existir cierto consenso en que ello no es así hoy en Chile.<sup>44</sup> Por otro lado, está la cuestión de si el procedimiento de persecución penal permite la actuación de la sociedad civil para controlar la actuación de los fiscales y jueces. En este segundo aspecto tampoco es posible dar una respuesta positiva. Nuestra legislación deja entregados aspectos sustanciales de la persecución de delitos de corrupción a la discrecionalidad de autoridades políticas y del Ministerio Público. Así, la posibilidad de perseguir delitos tributarios (aunque estén vinculados con casos de corrupción política) queda sujeta a la decisión de un organismo dependiente del poder político (el Servicio de Impuestos Internos, que depende del Gobierno), y se ha visto cómo la falta de voluntad política de dicho organismo impidió profundizar en la investigación de varios casos de corrupción política.<sup>45</sup> En relación con el actuar del Ministerio Público, este tiene una posición dominante en la investigación penal y, por tanto, está en condiciones de definir elementos esenciales para la investigación, como la determinación de los hechos sobre los cuales es formalizada una persona ante el

---

Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/abbott-enfrentara-inedito-juicio-destitucion-fiscal-nacional/243166/>

<sup>41</sup> Constitución Política, artículo 83, inciso 1º: “Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

<sup>42</sup> Los fiscales que han recibido más críticas son los que están a cargo de las principales causas: el fiscal Manuel Guerra, a cargo del caso Penta, y Pablo Gómez, a cargo del caso SQM.

<sup>43</sup> La actividad de los fiscales que iniciaron las investigaciones trajo aparejados conflictos con las autoridades superiores del Ministerio Público, pero contaron con amplio apoyo ciudadano. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/30/abbott-intenta-bajarle-el-perfil-a-conflicto-en-la-fiscalia-no-hay-ninguna-crisis/>

<sup>44</sup> Hoy se discuten en Chile varios proyectos (5) vinculados con el aumento de penas y la reformulación del delito de cohecho, pero ninguno ha sido aprobado a la fecha. Disponible en: <https://observatorioanticorrupcion.cl/cumplimiento.html>

<sup>45</sup> La propia Contraloría General de la República ha emitido un informe (abril 2017) sobre la obligación que tiene el SII de actuar efectivamente en el ámbito de sus atribuciones e impedir la extinción de la responsabilidad penal en casos de ilícitos tributarios. Disponible en: <http://radio.uchile.cl/wp-content/uploads/2017/04/Oficio-Contralor%C3%ADa.pdf>

tribunal de garantía.<sup>46</sup> En la práctica, esto le ha permitido a un fiscal regional a cargo de una investigación de corrupción política modificar los hechos investigados y “reformular”, lo que dejó por fuera los elementos que permitían configurar un delito de cohecho y, con ello, impidió que las organizaciones del Estado (Consejo de Defensa del Estado) y la sociedad civil (Ciudadano Inteligente) pudieran continuar con la persecución de dicho delito.<sup>47</sup>

De esta forma, en cuanto a la persecución penal, la participación de la sociedad civil es prácticamente imposible o, al menos, marginal.

## 2.4. Evaluación crítica

Tanto desde el punto de vista normativo como en la experiencia práctica, en Chile no se han desarrollado formas de real participación. Durante la transición a la democracia se ha consolidado un modelo de democracia representativa muy formal, en el cual la soberanía se entrega por completo a las autoridades delegadas, quienes con bajísima rendición de cuentas determinan los destinos de la nación. Los espacios de participación de la ciudadanía están centrados en los procesos políticos-electorales y a nivel local (municipal).

Esta ausencia de participación se ha traducido, entre otras cosas, en falta de un control efectivo de la actividad de la función pública y, particularmente, de la actividad política. La idea algo *naif* de que la corrupción no es un problema en Chile<sup>48</sup> ha impedido el surgimiento de una ciudadanía activa y atenta al control de la corrupción.

Por ello, los escándalos de corrupción que han centrado la atención pública desde 2015 eran un excelente *momentum* para haber abierto espacios serios de participación ciudadana. En cambio, las políticas que se han implementado para prevenir la corrupción en Chile se han centrado en modificaciones legales e institucionales, pero

---

<sup>46</sup> Si bien el Código Procesal Penal (arts. 229 y ss.) no contempla explícitamente la posibilidad de reformular, en la práctica sí se ha aceptado para garantizar los derechos del imputado cuando se amplían los hechos de la investigación. Ver Diego Falcone, “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 21, núm. 2, 2014, pp. 183-224. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000200006>

<sup>47</sup> La presidente del Consejo de Defensa del Estado señaló: “Aquí hay una interpretación torcida de la ley”. Disponible en: <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2018-07-07&dtB=07-07-2018%20:00:00&PaginaId=10&bodyid=3>

<sup>48</sup> Esta idea está arraigada en la ausencia de la corrupción diaria o cotidiana, y los buenos índices comparados de Chile han llevado a políticas muy débiles en materia de corrupción. Ello, pese a la evidencia de que esta se dio a gran escala en la dictadura, y que los primeros signos de corrupción en las altas esferas de la política se dieron muy al comienzo de los gobiernos de la concertación en el momento de recuperarse la democracia. Ver Claudio Nash, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica (Rediaj)*, núm. 8, 2017, pp. 353-408.

que no le han dado a la ciudadanía un rol relevante en el diseño de una aproximación a las políticas anticorrupción como políticas públicas basadas en derechos humanos que permitan un real ejercicio de ciudadanía involucrada en los asuntos públicos.

### 3. Lecciones para implementar

A continuación, se explorarán algunas medidas que pudieran adoptarse en materia de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

#### 3.1. Participación como ejercicio de derechos humanos

Asumir una perspectiva de derechos humanos implica adoptar todas las medidas en el ámbito interno para permitir el pleno goce y ejercicio de los derechos. En materia de participación, el enfoque de derechos humanos parte de dar un alcance amplio a la participación ciudadana para que esta no se agote en el ejercicio de los derechos políticos-electorales.<sup>49</sup> En esta línea, parece que un primer paso en Chile tiene relación con asumir este enfoque en materia de derechos políticos.

Si la participación es un derecho humano de amplio alcance, se deben tomar medidas para que el Estado respete y garantice sin discriminación cada una de estas facetas. Por ello, nos parece adecuado citar a la Corte Constitucional colombiana en la materia, la cual ha sostenido que la autoridad debe tomar diversas medidas para garantizar el derecho a la participación política, entre ellas, “implementar medidas que procuren optimizar el desarrollo de las diversas formas de participación y que, al mismo tiempo, eviten retroceder injustificadamente en los niveles de protección alcanzados”.<sup>50</sup>

Lo que se traduce, a juicio de la Corte colombiana, en medidas concretas que deben ser adoptadas a nivel estatal:

- i) El deber de abstenerse de estatizar la democracia y, en consecuencia, la obligación de proteger el pluralismo.
- ii) Deber de promover formas de participación democrática que comprendan no solo la intervención de partidos o movimientos políticos sino también de organizaciones sociales de diferente naturaleza.
- iii) Deber de promover estructuras democráticas en las diferentes formas de organización social.
- iv) Prohibición, que vincula a todos los órganos públicos, funcionarios y particulares, de eliminar alguna de las dimensiones de la democracia.
- v) Mandato de no sustituir a las autoridades estatales competentes en el desarrollo de actividades de control.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> OACDH, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.

<sup>51</sup> *Idem.*

Esta visión robusta de la participación y las consecuentes obligaciones del Estado debieran, en el caso chileno, llevar a pensar en reformas profundas al sistema político. Solo a modo de ejemplo, ello implicaría establecer mecanismos de participación con rango constitucional, estudiar la implementación de medidas legislativas de iniciativa ciudadana, formas de *impeachment* abiertas a la iniciativa ciudadana, entre otras.

Además, desde un punto de vista institucional, se debieran adoptar medidas que permitan una participación con garantías de efectividad, tales como: acceso a presupuesto estatal para fomentar la asociatividad, vinculatoriedad de las decisiones tomadas en procesos participativos, diseño de mecanismos eficaces de control y evaluación de las políticas públicas. En materia de nombramiento de altas autoridades (judiciales, Ministerio Público, cargos internacionales, entre otras), mecanismos de escrutinio por parte de la sociedad civil que permitan un control sobre a quién se nombra, y conocimiento público de cuáles son los elementos que se han tenido en consideración para la decisión, esto es, decisiones fundadas. Transparencia en materia de acceso a la función pública, a fin de evitar situaciones de discriminación y de privilegio (nepotismo, politización de las actividades estatales, entre otros).

### **3.2. Algunas medidas concretas de participación en políticas anticorrupción que pudieran adoptarse en Chile**

#### **3.2.1. Reformas institucionales**

Para combatir una situación de corrupción estructural y no de casos aislados, como la chilena, la respuesta debe ser compleja y abarcar diversos actores. Uno de los temas centrales es el de las reformas institucionales. Dentro de estas, hay algunas cuestiones que abren espacios interesantes para fomentar la participación ciudadana.

En primer lugar, está la necesidad de que Chile cuente con un plan nacional anticorrupción que coordine los esfuerzos de distintas áreas para lograr mayores niveles de transparencia, control e identificación de posibles espacios de opacidad que requieran reformas legales o prácticas asociadas a determinadas esferas de actuación pública. Este es un espacio propicio para crear mecanismos de participación ciudadana tanto en el diseño del Plan como en su implementación. Detectar áreas de opacidad, establecer ciertos énfasis de las políticas, ampliar las redes de control son cuestiones en las cuales la participación de la sociedad civil organizada puede ser un aporte sustantivo. Además, dicha participación tiene la virtud de lograr legitimar el plan como política pública.

En este sentido, se debe estudiar seriamente contar con un organismo autónomo que controle la implementación del plan nacional anticorrupción, y pueda dar cuenta de los avances, retrocesos y activar mecanismos sancionatorios eficaces ante retrasos injustificados en las medidas que deba implementar cada instancia estatal.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida*, Viena, Oficina contra la Droga y el Delito, 2005, p. 45.

En un espacio como este, la participación ciudadana sería fundamental para dar eficacia al control interinstitucional, y permitiría la consolidación de formas asociativas de participación eficaz y con posibilidades de influencia real en el control de la actividad pública.<sup>53</sup>

En segundo lugar, en materia de acceso a la información como instrumento privilegiado de control de la actividad pública, es necesario ampliar el alcance de la competencia del Consejo de Transparencia (actualmente se excluye al Poder Judicial, al Parlamento y a la Contraloría). Además, este mecanismo de control debe ser de fácil acceso ciudadano y permitir respuestas oportunas y útiles para que la información a la que se accede permita un control eficaz.<sup>54</sup>

### **3.2.2. Efectividad de la respuesta penal**

En el marco de la respuesta penal,<sup>55</sup> se debe revisar la actual legislación sobre corrupción y modernizar dicha respuesta: mejorar los tipos penales para hacerse cargo de las formas que actualmente tiene la corrupción en Chile; establecer sanciones proporcionales a los ilícitos cometidos que sirvan de real desincentivo para la comisión de actos de corrupción; garantizar la persecución penal y que esta no quede entregada a la decisión de órganos políticos como ocurre actualmente con las querrelas del Servicio de Impuestos Internos o Fiscalía Nacional Económica para la persecución de ilícitos tributarios o de libre competencia; y la creación de una fiscalía especializada en el tema de la corrupción, que está en debate desde 2008.

Un punto especialmente relevante es abrir una discusión sobre cuál es el rol de la sociedad civil como actor interesado en la persecución penal, al menos, en los casos más importantes. Si bien el sistema actual es transparente y con ello se cumple con un rol simbólico de la persecución penal, es muy deficitario en abrir espacios reales para que la sociedad civil pueda participar en la protección de los intereses sociales comprometidos por la corrupción.<sup>56</sup> Como hemos señalado, frente a un Ministerio Público débil en la persecución de casos graves de corrupción, no hay alternativas serias para hacer efectiva la responsabilidad penal de personas e instituciones involucradas en actos de corrupción.

### **3.2.3. Mejoras en el control administrativo**

La labor de los órganos de control administrativo de la actividad del Estado es esencial para poder combatir adecuadamente la corrupción. De ahí que sea

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>54</sup> Nash *et al.*, *op. cit.*

<sup>55</sup> ONU, *op. cit.*, p. 107.

<sup>56</sup> Para un estudio interesante sobre el interés colectivo que se ve afectado por la corrupción (aunque con un enfoque civil y no penal), ver Gallo, *op. cit.*, pp. 31-52.

importantemente mejorar los mecanismos encargados del control y crear nuevos, en caso de ser necesario. De igual manera, deben existir canales adecuados para permitir la participación ciudadana en dicho control, principalmente, a través de un sistema accesible y eficaz de denuncias.

Una primera medida debe ser mejorar los sistemas de control a través de organismos capaces de realizar esta labor e imponer sanciones adecuadas. Claramente, el rol de la Contraloría General de la República en Chile ha sido determinante para mantener un control sobre la administración. Pero esto ha sido insuficiente. En casos como el del financiamiento de la política ha sido claro que la falta de una institucionalidad fuerte de control de los procesos electorales permitió prácticas de corrupción a gran escala y mantenidas por largo tiempo. De ahí que sea necesario reformar el actual Servicio Electoral (Servel) y transformarlo en un órgano autónomo, con capacidad técnica e independencia económica, además de dotarlo de mecanismos de control eficaces y de sanciones adecuadas y proporcionales.

En ambas experiencias, tanto la de Contraloría como la de Servel, es importante contar con formas accesibles y eficaces de control ciudadano. En el caso de la Contraloría se ha avanzado sustantivamente los últimos años en la materia y, actualmente, buena parte de las investigaciones que desarrolla el órgano contralor tienen su origen en denuncias de la ciudadanía.<sup>57</sup>

#### **3.2.4. Mejoras en el control social**

No hay duda alguna de que en Chile debe mejorarse el control social de la corrupción. Esto implica fortalecer el periodismo de investigación para que pueda afrontar el desafío de transformarse en un verdadero “cuarto poder” con capacidad de entrar en los temas de fondo y aportar luces sobre lo que sucede, principalmente cuando no hay voluntad política de investigarlos.<sup>58</sup>

Por su parte, la sociedad civil debe fortalecerse a través de la presión ciudadana, y ver en la corrupción una amenaza cierta a la democracia y al Estado de derecho.<sup>59</sup> Además, debe asumirse que esta práctica viola los derechos humanos y también permite o facilita dicha violación.<sup>60</sup> En este sentido, la academia tiene un rol esencial para desarrollar marcos conceptuales y formular propuestas que tengan incidencia en el debate social sobre corrupción.

---

<sup>57</sup> Durante 2017 se recibieron un total de 9508 denuncias y sugerencias de fiscalización, ingresadas a través del Portal de Contraloría. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/documentos/451102/11514766/Cuenta+2017/63913698-bd1b-2f3f-6add-d34df479b187>

<sup>58</sup> ONU, *op. cit.*, p. 70.

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> Programa Estado de Derecho, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Democracia y Derechos Humanos (Idehpucp), *Conclusiones Conversatorio: Estado democrático de derecho, sistema interamericano de DD.HH. y lucha contra la corrupción*, Lima, Perú, 12 y 13 de octubre de 2017.

## Conclusiones

El tema que nos ha preocupado en este estudio es la participación ciudadana y las políticas anticorrupción en el modelo chileno de consolidación democrática. Nuestra hipótesis ha sido que un ejercicio sustantivo de la participación ciudadana en las políticas anticorrupción es un requisito de legitimidad y de efectividad que no puede estar ausente si se quiere avanzar positivamente en la construcción de una democracia sólida, que controle y prevenga de manera eficaz la corrupción política.

La democracia como forma de gobierno supone, necesariamente, la participación ciudadana, pero no existe un modelo único de participación. Así, se pueden ver modelos democráticos basados en una idea fuerte de representación donde la participación se limita a la elección de las autoridades periódicamente. En otros, las formas de participación directa tienden a reemplazar las formas representativas y, muchas veces, son usadas como mecanismos de captura del poder a través de mayorías circunstanciales. Frente a estos modelos, con base en un enfoque de derechos humanos, se ha sostenido la necesidad de generar formas de participación ciudadana que sean compatibles con mecanismos de separación de poderes y de controles interinstitucionales propios de un Estado de derecho.

Pensar la participación ciudadana como un ejercicio de derechos humanos tiene varias dimensiones relevantes. Por una parte, estamos ante un derecho autónomo, pero que también es un derecho instrumental para el goce y ejercicio de otros derechos humanos. Por ello, el Estado está obligado a respetar y garantizar sin discriminación el pleno goce y ejercicio del derecho a la participación en los asuntos públicos. Esto implica garantizar los derechos político-electorales, pero también garantizar el acceso a la función pública y a intervenir en los asuntos públicos en condiciones de igualdad.

Como toda política pública, las políticas anticorrupción deben satisfacer ciertos mínimos para su legitimidad. En una sociedad democrática no es suficiente con el respaldo legal para legitimar una política estatal; es necesario, además, que estas políticas estén socialmente legitimadas y ello solo se logra en la medida en que la ciudadanía pueda ser parte de estas políticas a través de su gestación, diseño, implementación y evaluación.

Frente a este escenario, si se quiere enfrentar realmente el déficit de control de la actividad del Estado, y el déficit de legitimidad de las políticas públicas, es necesario adoptar una serie de disposiciones legales para mejorar la participación ciudadana. Por un parte, tomar medidas institucionales de orden constitucional que mejoren la democracia en Chile, abriendo así canales efectivos de participación política.

Asimismo, es necesario implementar cambios institucionales que garanticen la participación ciudadana en el diseño, la gestión, implementación y evaluación de las políticas públicas anticorrupción. Por ello, hemos sostenido la necesidad de un plan nacional anticorrupción y una autoridad que coordine su implementación. Para

la legitimidad y buena gestión de dicho plan, se deben abrir espacios relevantes de participación ciudadana.

En cuanto al control de la corrupción, se deben pensar formas de participación mucho más intensas que las actualmente vigentes. Así, se ha sostenido que se debe repensar el proceso penal para evitar que en los casos de corrupción el Ministerio Público tenga el monopolio en materia de determinación de los hechos para la formalización de las investigaciones, y se debe permitir la actuación de otros actores que canalicen los intereses públicos no siempre resguardados por el Ministerio Público. En el control administrativo también es necesario mejorar las formas de participación vía denuncia ciudadana a nivel de Contraloría, Fiscalía Nacional Económica y Servel.

Finalmente, se ha sostenido la necesidad de mejorar el control ciudadano a través de una prensa independiente, con capacidad de desarrollar investigaciones complejas como aquellas que involucran a altos poderes del Estado. En el mismo sentido, la propia sociedad civil debe fortalecer sus organizaciones y capacidades. Lo mismo debería hacer la academia.

En definitiva, cerrar los espacios a la corrupción pasa por mejorar el control, y ello solo es posible en la medida en que construyamos formas eficaces de participación como ejercicio de un derecho humano íntimamente vinculado con el ideal de un sistema democrático, luego de una larga transición y no menos compleja consolidación democrática en Chile.

## Bibliografía

- ACKERMAN, Susan Rose y Bonnie PALIFKA, *Corruption and Government Causes, Consequences and Reform*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, 2016.
- ALDAO, Joaquín Alberto, "Populismos latinoamericanos en el siglo XX. Apuntes para la actualización de un debate", *Historia Caribe*, vol. VIII, núm. 23, 2013, pp. 149-169.
- BENALCÁZAR, Juan Carlos, *Participación ciudadana y control de la corrupción*, UNAM, Tercer Congreso Iberoamericano y Cuarto Mexicano de Derecho Administrativo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. Disponible en: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congreibero/ponencias/juancarlosbenalcazar.pdf>
- BOEHM, Frédéric y Johann GRAF, "Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional", *Revista de Economía Institucional*, vol. 11, núm. 21, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 45-72.
- CANO, Luisa, "La participación ciudadana en las políticas públicas de lucha contra la corrupción: respondiendo a la lógica de gobernanza", *Estudios Políticos*, núm. 33, 2008.
- CANTO, Rodolfo, "Participación ciudadana, pluralismo y democracia", *Tla-Melaua, Revista de Ciencias Sociales*, año 10, núm. 41, 2017, pp. 54-75.



- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 25. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º periodo de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996).
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA, Sentencia C-150 de 2015, M. P. Mauricio González Cuervo.
- CORTE IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 151.
- \_\_\_\_\_, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C, núm. 184.
- \_\_\_\_\_, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C, núm. 212.
- \_\_\_\_\_, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 283.
- \_\_\_\_\_, Caso López Lone y otros vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C, núm. 302.
- CUNILL GRAU, Nuria, *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social*, Venezuela, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Editorial Nueva Sociedad, 1997.
- GALLO, William, “La participación ciudadana en el combate contra la corrupción: un análisis desde la carga de prevenir el daño en el panorama jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Público*, núm. 86, 2017, pp. 31-52.
- JOHNSTON, Michael, *Corruption and Reform: One Size Does Not Fit All*, International Anti-Corruption Summer Academy Publication (Iacsa), 2012.
- KLITGAARD, ROBERT, *Controlando la corrupción*, La Paz, Editorial Quipus, 1990.
- LAUNAY, Stephan, “Democracia representativa y democracia participativa. Comentarios alrededor de la comparación entre la Colombia y la Venezuela contemporáneas”, *Desafíos*, vol. 24, núm. 1, 2012, pp. 155-174.
- MALEM, Jorge, *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2014.
- MASSAL, Julie y Marcelo BONILLA, “Introducción”, en *Los movimientos sociales en las democracias andinas*, Lima, Flacso, 2005. Disponible en Internet: <http://books.openedition.org/ifea/3670>
- NASH, Claudio, “Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno”, *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica (Rediaj)*, núm. 8, 2017, pp. 353-408.
- NASH, Claudio, Gina CHACÓN y Macarena RODRÍGUEZ, *Estudio comparado sobre el impacto que tienen las instituciones que resguardan el acceso a la información pública en Chile y México sobre los derechos humanos en la ciudadanía*. Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de

- Chile, 2016. Disponible en: <http://www.uchile.cl/publicaciones/130631/impacto-de-instituciones-que-resguardan-informacion-publica-sobre-ddhh>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACDH), *Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos*, A/HRC/30/26, 23 de julio de 2015, pp. 40-50.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida*, Viena, Oficina contra la Droga y el Delito, 2005.
- PROGRAMA ESTADO DE DERECHO, Fundación Konrad Adenauer e Instituto de Democracia y Derechos Humanos (Idehpucp), *Conclusiones Conversatorio: Estado democrático de derecho, sistema interamericano de DD.HH. y lucha contra la corrupción*, Lima, Perú, 12 y 13 de octubre de 2017.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México, Tribunal Federal Electoral – Instituto Federal Electoral, 1993.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, 2009. Disponible en: [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupción.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf)

**Jorge Benavides Ordóñez\* (Ecuador)**

## **Participación democrática y reforma constitucional. Un análisis del caso ecuatoriano**

### **RESUMEN**

En el artículo se discuten los beneficios y las tensiones existentes en la participación democrática vía referéndum en los procesos de reforma constitucional. En este sentido, se analizan las normas constitucionales que, en Ecuador, regulan los principios de la participación democrática directa y se las confronta con su implementación práctica a través de la experiencia de los referéndums de 2011 y de 2018. El análisis tiene como objetivo dar cuenta de si los referidos procesos participativos de reforma constitucional guardaron armonía o no con los principios constitucionales que rigen la participación, en particular, con el que promueve la deliberación pública.

**Palabras clave:** referéndum, deliberación, enmienda constitucional, participación.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag befasst sich mit den Nutzeffekten und Spannungen, die sich aus der demokratischen Mitwirkung an Verfassungsänderungsprozessen durch Volksentscheide ergeben. Dazu geht er auf die Verfassungsbestimmungen ein, mit denen die Grundsätze der direkten demokratischen Partizipation in Ecuador geregelt werden, und stellt sie ihrer praktischen Umsetzung anlässlich der Entscheide von 2011 und 2018 gegenüber. Ziel der Untersuchung ist es herauszufinden, ob die genannten Mitwirkungsprozesse an der Verfassungsänderung mit den partizipationsbezogenen Verfassungsgrundsätzen im Einklang stehen, insbesondere hinsichtlich der Förderung der öffentlichen Debatte.

**Schlagwörter:** Volksentscheid, Debatte, Verfassungsänderung, Partizipation.

---

\* Doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla; abogado Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Decano y profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad UTE, Quito; profesor contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. [benavidesordonez@yahoo.es](mailto:benavidesordonez@yahoo.es)

## SUMMARY

The article discusses the benefits and tensions in democratic participation via referendum in constitutional reform processes. It analyzes the constitutional norms that govern the principles of direct democratic participation in Ecuador, and their practical implementation through the experience of the 2011 and 2018 referendums. The purpose of the analysis is to determine whether or not these participatory constitutional reform processes were carried out in harmony with the constitutional principles that govern participation, particularly those that promote public deliberation.

**Key words:** Referendum, deliberation, constitutional amendment, participation.

## Introducción

La interacción entre democracia representativa y democracia directa dentro del Estado constitucional y democrático supone un tema complejo que, en gran medida, responde a las realidades políticas intrincadas de nuestros días y a las formas de afrontarlas.

Como es bien conocido, debido al crecimiento de las sociedades y a la dificultad de los temas tratados el modelo democrático se tornó representativo a partir de la Modernidad. Con motivo de la evolución de la sociedad, al adoptar el sufragio universal y, luego, al incorporar una serie de instrumentos de democracia directa, (como el referéndum y el plebiscito), el sistema se ha convertido en mayor medida en participativo para los ciudadanos.

En efecto, la legitimidad directa por parte de la ciudadanía al refrendar determinadas decisiones, ha dado como resultado la plena aceptación de las consultas populares como mecanismos que complementan al sistema representativo. Sin embargo, dicha aceptación no está exenta de dificultades, sobre todo teniendo en consideración la utilización de los referéndums como medio adecuado o no para generar debate de calidad por parte de la ciudadanía, en el proceso de reforma constitucional.

Con estas coordenadas, en el presente texto se discutirá la articulación y las tensiones existentes en la participación democrática directa de los ecuatorianos en la reforma constitucional, a la luz del estudio de dos de sus experiencias. El análisis persigue, en consecuencia, determinar en qué medida los referéndums constitucionales de 2011 y 2018 constituyeron procesos participativos que guardaron armonía con los principios constitucionales que rigen la participación en Ecuador, en particular, con el que promueve la deliberación pública.

## 1. Modelo participativo e instrumentos de democracia directa contemplados en la Constitución del Ecuador

El carácter democrático participativo que asumen tanto la forma de Estado como la forma de Gobierno en Ecuador se refleja en el artículo 1 de la Constitución, cuando en el segundo párrafo sostiene: “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”. El postulado de la disposición en cuestión supone a la soberanía popular como base del sistema político estatal, ya sea que aquella se exprese por medio de órganos del poder constituido o por la intervención directa de la ciudadanía. Lo dicho implica que el modelo constitucional ecuatoriano está ligado, con particular interés, al principio de soberanía popular. En esa medida, el poder del Estado se vincula de tal manera que tanto su organización como su ejercicio derivan de la voluntad popular.<sup>1</sup> La característica participativa del pueblo en la toma de decisiones, más la vocación garantista de derechos por parte de los poderes públicos (al menos en el plano normativo), son, pues, las señas de identidad de la Constitución del Ecuador. No se debe olvidar que, precisamente, el primer párrafo del referido artículo 1 define al Estado como constitucional de derecho y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.<sup>2</sup>

Sin embargo, aquellos elementos característicos de la Constitución del Ecuador que son, por otro lado, compartidos por cualquier democracia constitucional de nuestros días, no pueden ocultar las tensiones que surgen entre la soberanía popular y la supremacía constitucional; o, dicho de otro modo, las tensiones entre democracia y derechos. Ante esta situación, la Carta ecuatoriana hace un esfuerzo por intentar armonizar los principios en tensión en temas como los grados de rigidez selectiva que contempla la Constitución para su reforma. En este sentido, a mayor profundidad de los cambios, principalmente en materia de derechos, mayor debe ser la participación popular, con lo cual el diseño normativo ecuatoriano perseguiría encontrar las relaciones de reciprocidad entre la democracia y los derechos, es decir, tendrá en consideración a los derechos como requisitos procedimentales del sistema democrático.<sup>3</sup> Ciertamente, ambos elementos intervienen en gran medida en la reforma constitucional estableciendo relaciones de reciprocidad, no carentes

---

<sup>1</sup> Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 47.

<sup>2</sup> La innovación en términos de derechos se observa, por ejemplo, en la incorporación de la noción andina de *sumak kawsay* o buen vivir, respecto de los derechos sociales, así como del modelo de desarrollo (Agustín Grijalva, “Panorama básico de la nueva Constitución. Principales innovaciones en la Constitución del Ecuador de 2008”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios/Corte Constitucional Ecuador, 2012, pp. 27-28).

<sup>3</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 193-194.

de tirantez, al tratarse aquella de una operación jurídica de enorme trascendencia política.

El principio de la soberanía popular, como es bien sabido, tuvo en la Revolución francesa el impulso necesario para trasladar la soberanía del rey hacia el pueblo. Sin embargo, en un primer momento, esta soberanía poseía un carácter absoluto; se debe a la presión de las tesis liberales que se acepte la soberanía popular, pero limitada, siempre, por las declaraciones de derechos.<sup>4</sup> En cualquier caso, la soberanía popular que contempla la carta ecuatoriana, como cualquiera de sus pares, herederos de la democracia liberal representativa moderna, ha ido de a poco introduciendo avances económicos, sociales, culturales, ambientales, e incorporando institutos de democracia directa, y ha mejorado, en consecuencia, el modelo representativo, sin dejar de transitar en las coordenadas que observan los derechos ciudadanos como límites a las decisiones de las mayorías.

En este sentido, el artículo 95 de la Constitución ecuatoriana señala a la igualdad, la autonomía, la deliberación pública, el respeto por la diferencia, el control popular, la solidaridad e interculturalidad, como principios de la participación, la cual tiene como finalidad, como señala el artículo referido, el involucramiento protagónico de la ciudadanía en la toma de decisiones, la planificación y la gestión de los asuntos públicos, y el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. Ahora bien, al ser considerada la participación como un derecho, debe ser ejercido por los mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria.

Entre los principios anotados que informan a la participación ciudadana en la construcción de la voluntad pública, el relativo a la deliberación pública es clave, en la medida en que este principio engarza con los demás, toda vez que la participación democrática de los posibles afectados con una decisión solo puede darse si en el proceso de construcción de la decisión participan todos en pie de igualdad; o, en palabras de Pérez Royo, el derecho de participación es la expresión del principio de igualdad como derecho subjetivo.<sup>5</sup> Lo anterior supone, por otro lado, la defensa de la autonomía individual al permitir exponer con libertad las preferencias e intereses individuales; estos últimos, en sociedades contemporáneas, son de lo más diverso, e incluso contrapuestos, por lo que se defiende, precisamente, el respeto y la tolerancia entre culturas como un valor que permite la convivencia.<sup>6</sup> Se tiene así, finalmente, en el control por parte de los ciudadanos, la instancia ulterior de seguimiento para que se cumpla efectivamente con lo decidido. La parte última del artículo 95 describe,

---

<sup>4</sup> Mauro Barberis, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2012, p. 58.

<sup>5</sup> Javier Pérez Royo, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Catarata, 2015, p. 54.

<sup>6</sup> Jorge Benavides Ordóñez, "La reelección presidencial indefinida en Ecuador. Una lectura crítica del dictamen de la Corte Constitucional que la permite vía enmienda constitucional", *Memoria XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El diseño institucional del Estado democrático*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 158-159.

en resumen, un modelo que articula una relación de complementariedad entre los derechos de participación con la adopción de decisiones democráticas. Decisiones que son tomadas no solamente por órganos representativos, sino también a través de variadas formas de participación directa de la ciudadanía.

En este orden de ideas surge la iniciativa popular normativa, regulada en el artículo 103 de la Constitución, según el cual dicha iniciativa tiene como objetivo la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas, ya sea que estas hayan sido producidas por el órgano legislativo, o por parte de cualquier otro órgano con potestad normativa. Con este fin, la iniciativa popular tendrá que concitar el respaldo de un número no inferior al 0,25% de los inscritos en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. El artículo 103, además, señala que los proponentes, a través de representantes, participarán en el debate del proyecto en la instancia correspondiente. Llama la atención, por otra parte, el establecimiento de un plazo fatal para proceder con el tratamiento de la propuesta, en la medida en que si no se lo hace en 180 días, la propuesta entrará en vigencia. Suponemos que la incorporación de un plazo máximo para el tratamiento de la iniciativa tiene como fin no dilatar, excesivamente, una propuesta legitimada directamente por parte de la ciudadanía.

Otro instrumento de democracia directa se regula en el artículo 104 del texto constitucional, relativo a la posibilidad de convocatoria a consulta popular<sup>7</sup> por parte del presidente de la República, de la máxima autoridad de los gobiernos descentralizados o de los ciudadanos. Así, cuando se trata de la iniciativa de los ciudadanos, los contenidos de la consulta son bastante amplios, quedando por fuera asuntos que tengan que ver con aspectos tributarios y de organización político-administrativa del país. Por otro lado, cuando la consulta solicitada por la ciudadanía sea de carácter nacional, la petición deberá contar con un respaldo no inferior al 5% de los inscritos en el registro electoral; cuando la consulta sea de carácter local, la petición contará con un respaldo no inferior al 10% de los inscritos en el registro electoral de la circunscripción.

Respecto a la iniciativa ciudadana para convocar a consulta popular, el Dictamen 001-13-DGP-CC, emitido por la Corte Constitucional, se enmarca dentro del control previo y vinculante contemplado en el artículo 438 de la Constitución. En este dictamen, la Corte Constitucional procedió a instituir una regla jurisprudencial que en vez de contribuir al ejercicio efectivo del derecho de consulta de los ciudadanos, lo dificultó, en la medida en que señaló que en el momento en que la Corte proceda a realizar el análisis de constitucionalidad de la iniciativa de consulta, los legitimados activos deben cumplir previamente, en los porcentajes correspondientes, con la

---

<sup>7</sup> La consulta popular puede, a su vez, comportar o bien la forma de referéndum, esto es, para la adopción de un texto normativo concreto, o la forma de plebiscito, considerada una consulta para la adopción de una decisión política. Una particularidad del referéndum es que en la Constitución se contempla exclusivamente el de tipo constitucional, en tanto que el referéndum relativo a temas de legalidad es regulado por la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia, promulgada en el año 2009.

recolección de las firmas. En palabras de la Corte, “el control de constitucionalidad de la o las preguntas a ser consultadas mediante iniciativa popular no procede si no se verifica previamente la legitimidad democrática”,<sup>8</sup> cuando lo adecuado a partir de la normativa tanto constitucional como legal es que se determine en un primer momento la constitucionalidad o no del petitorio, y en caso de que el dictamen considere constitucional la iniciativa popular, se proceda a la recolección de las firmas. Caso contrario, supondría un esfuerzo inoficioso de la ciudadanía recabar las firmas para que, posteriormente, la Corte no dé paso a la iniciativa por considerarla inconstitucional. O que, por ejemplo, lo propuesto para ser consultado implique una reforma constitucional y, en esa medida, la vía no sería un plebiscito sino un referéndum, lo cual, adicionalmente, supone que los porcentajes de firmas de respaldo variarían. Por ello, la interpretación sistemática que se hace del momento en que debe efectuarse el control por parte de la Corte Constitucional se sustenta, entre otros, en el principio *pro homine* de aplicación de los derechos de participación.

La posibilidad de revocar el mandato a las autoridades de elección popular es otra de las modalidades de democracia directa; en este sentido, el artículo 105 del texto constitucional determina que las personas en goce de los derechos políticos podrán solicitar la revocatoria de una autoridad de elección popular una vez que esta haya cumplido el primer año y antes del último de su ejercicio; además, se señala que se podrá presentar un solo pedido de revocatoria durante el mandato de la autoridad cuestionada. En cuanto al porcentaje de respaldo para la solicitud, la disposición constitucional determina que no será inferior al 10% de las personas inscritas en el registro correspondiente, porcentaje que para el caso del presidente de la República se incrementa al 15%.

Es necesario decir que la revocatoria de mandato ha sido el instrumento de democracia directa puesto en práctica, con particular interés, por parte de los ciudadanos. Así, respecto de los alcaldes, el 24 de junio de 2018 se llevó a cabo el último proceso que condujo a la revocatoria de mandato del alcalde del municipio de Loja, capital de la provincia que lleva el mismo nombre. Previamente fueron destituidos cinco alcaldes por medio de consulta popular, con lo cual serían seis los funcionarios cuyos mandatos han sido revocados al amparo de la Constitución de 2008.<sup>9</sup>

En el artículo 100 de la Constitución, por otro lado, se garantiza la participación de los ciudadanos en los distintos niveles de Gobierno. En este sentido, los ciudadanos, conjuntamente con las autoridades electas y representantes del régimen dependiente, articularán esfuerzos con el fin de formular planes y políticas nacionales y locales que tienen como objetivo mejorar la inversión pública, así como elaborar

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 001-13-DGP-CC, de 25 de septiembre de 2013, p. 8.

<sup>9</sup> *Diario el Universo*, “Desde el 2010 seis alcaldes fueron destituidos mediante revocatorias en Ecuador”, 30 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/30/nota/6835490/2010-seis-alcaldes-fueron-destituidos-mediante-revocatorias>



presupuestos participativos y fortalecer la democracia con mecanismos de transparencia y rendición de cuentas. En tanto que el artículo 101 del mismo texto recoge el mecanismo de la “silla vacía”, que garantiza la participación de los ciudadanos en los municipios cuando se discuten temas de interés directo de la comunidad.

Finalmente, teniendo como premisa el carácter intercultural del Estado ecuatoriano, la democracia comunitaria se ejerce a partir de los procedimientos organizativos propios de los pueblos y las nacionalidades indígenas y campesinas reconocidos constitucionalmente. En este contexto se enmarca el derecho colectivo de los pueblos y las nacionalidades indígenas contemplado en el artículo 57, numerales 7 y 17 de la Constitución, respecto a ser consultados, por un lado, sobre los programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren dentro de sus tierras, y, por otro, previamente a la adopción de una medida legislativa que potencialmente les pueda afectar.

Ahora bien, respecto del último caso, conocido también como consulta prelegislativa, se debe señalar que dicho procedimiento no fue observado por parte de la Asamblea Nacional ecuatoriana con motivo de la aprobación de la Ley de Minería, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 517 de 29 de enero de 2009. La omisión consultiva a los pueblos indígenas afectados por la promulgación legal derivó en la posterior acción de inconstitucionalidad, la cual, a pesar de existir buenas razones para aceptar la pretensión de los accionantes, no fue estimada en la sentencia emitida por parte de la Corte Constitucional.<sup>10</sup>

Como se ha visto, el modelo democrático participativo configurado en la Constitución ecuatoriana contempla un robusto catálogo de instrumentos de democracia directa, lo que en definitiva, desde una arista práctica, tiene como fin el empoderamiento de los ciudadanos en la toma de decisiones. En tanto que desde una perspectiva teórica, tiene como objetivo dar cuenta de la importancia del principio de la soberanía popular como eje del sistema constitucional, por el cual toda forma de expresión del poder político estatal, en última instancia, puede y debe ser remitido a su origen popular.

Otra discusión es, finalmente, el análisis empírico de si los instrumentos de democracia directa reseñados en este apartado, a partir de los diez años de vigencia de la Constitución, han sido utilizados adecuadamente o no por parte de los ecuatorianos.<sup>11</sup> Seguidamente, analizaremos la incidencia de los ciudadanos en el proceso de reforma constitucional, en aspectos como la iniciativa o la necesidad de referéndum previo a la introducción de los cambios.

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010.

<sup>11</sup> Para un estudio empírico sobre el uso de los mecanismos de democracia directa contemplados en la Constitución ecuatoriana de 2008, en el periodo 2009 a 2012, ver Franklin Ramírez (coord.), *Nuda Política. Participación, democracia y conflictos, Ecuador 2009-2012*, Quito, FES-Ildis, Flacso-Ecuador, 2013.

## 2. Procedimientos de reforma del texto constitucional ecuatoriano y participación democrática

La Constitución ecuatoriana de 2008 regula su reforma en los artículos 441,<sup>12</sup> 442<sup>13</sup> y 444.<sup>14</sup> En este sentido, el primer artículo desarrolla la denominada enmienda constitucional; el segundo artículo, por su parte, describe el proceso de reforma constitucional; el último artículo se refiere al cambio de elementos esenciales de la Constitución, que puede ser llevado a cabo solo por la Asamblea Constituyente. El orden señalado por el texto constitucional va del menos al más rígido de los procedimientos, lo cual va vinculado a los temas que pueden ser modificados por cada uno de los procedimientos. Así, la enmienda, al ser el mecanismo menos rígido, tiene como límites los elementos constitutivos del Estado, la estructura fundamental de la Constitución, el cambio del procedimiento de reforma y el restringir los derechos constitucionales. La reforma parcial, por su lado, al tratarse de un procedimiento que supone un mayor grado de rigidez, tiene como límites exclusivamente la restricción de procedimiento de reforma y la restricción de los derechos constitucionales. Finalmente, la Asamblea Constituyente, el trámite que reviste mayor complejidad de

---

<sup>12</sup> “La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: 1. Mediante referéndum solicitado por la presidenta o presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. 2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional”.

<sup>13</sup> “La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la presidenta o presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. 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”.

<sup>14</sup> “La asamblea constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos”.

los tres, está prevista para cambiar el procedimiento de reforma, así como en caso de una modificación restrictiva de los derechos constitucionales.

El procedimiento de rigidez gradual explicado arriba está directamente relacionado con menores o mayores niveles de participación ciudadana, respecto de cada procedimiento. Se debe tener presente que, de modo general, la iniciativa para reformar la Constitución les corresponde al presidente de la República, a los asambleístas y a los ciudadanos, es decir, que cualquiera de los mencionados puede proponer una enmienda, una reforma parcial o la convocatoria, por medio de una consulta popular, a una Asamblea Constituyente. Así, respecto a la iniciativa ciudadana, el artículo 441, que regula la enmienda, exige el respaldo de un porcentaje no menor del 8% de los inscritos en el registro electoral. Por su lado, el artículo 442, que desarrolla la reforma parcial, es un procedimiento en el que, si bien el porcentaje de respaldo exigido para su iniciativa es menor al de la enmienda, toda vez que se sitúa en el 1% de los inscritos en el registro electoral, la iniciativa de reforma en todos los casos debe ser tramitada en sede parlamentaria. Posteriormente, en caso de ser aprobada la reforma por los dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, se procederá a ratificarla por medio de referéndum. La Asamblea Constituyente, por último, está contemplada en el artículo 444, el cual determina que aquella deberá nacer necesariamente de la consulta popular, solicitada por al menos el 12% de los inscritos en el registro electoral, para que una vez aprobada la Constitución por parte de la Asamblea Constituyente, el texto sea ratificado por los ciudadanos a través de referéndum. Así las cosas, el referéndum previsto en el artículo 442 que regula la reforma sería constitucional en la medida en que operaría para introducir modificaciones no dirigidas a cambiar el núcleo esencial del texto constitucional. Mientras tanto, el del artículo 444, respecto al texto aprobado por el poder constituyente originario, por el contrario, daría cuenta de un referéndum constituyente, toda vez que su finalidad es la adopción de una nueva Constitución.

Es necesario señalar, por otra parte, que tanto el referéndum del artículo 442, como el del artículo 444 son obligatorios, esto es, tienen lugar por imperativo constitucional, sin que medie la voluntad previa de ninguno de los legitimados para convocarlos,<sup>15</sup> a saber: el Ejecutivo, el Legislativo y la ciudadanía.

De lo manifestado es fácil colegir la importancia otorgada por parte del constituyente ecuatoriano de 2008 a la participación popular en los procesos de reforma a la Constitución. La plausible intención devela, por un lado, la preocupación por fortalecer la legitimidad democrática de los cambios a una Constitución que entró en vigencia luego de referéndum ratificatorio, y, por otro, que marca diferencia respecto de otros importantes ordenamientos constitucionales de la región como el

---

<sup>15</sup> Pedro Cruz Villalón, "El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional", en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 263.

argentino, el brasileño o el chileno,<sup>16</sup> que no contemplan ni la iniciativa popular, ni el referéndum en sus modalidades constitucional o constituyente.

En cualquier caso, es preciso decir que en este manuscrito no se defiende la participación de los ciudadanos *per se*, en la medida en que la participación es de suma importancia, si y solo si aquella se conduce por el sendero señalado por los principios constitucionales para su aplicación (art. 95), entre los cuales destacamos en líneas precedentes la deliberación pública.

En efecto, la importancia de la participación consiste en la calidad de la deliberación que dicha intervención popular brinde al proceso decisional en general, y respecto de la reforma constitucional en particular. O, en otras palabras, la valía de la participación dependerá de que se pueda garantizar una cierta calidad de la misma.<sup>17</sup>

De ahí que la incorporación del referéndum para la aprobación de la reforma constitucional, si bien legitima el proceso en términos democráticos, se enfrenta a algunas complejidades respecto a su implementación práctica. En este sentido, el debate público, garantizado por un adecuado acceso a la información, es primordial para asegurar que las iniciativas de modificación constitucional guarden conformidad con el conjunto de disposiciones, y, en consecuencia, se puedan insertar de buena manera en el texto constitucional reformado, a fin de evitar las críticas a la utilización del referéndum como mecanismo para la modificación de la Constitución, tales como que el pueblo es manipulado por las élites para obtener un particular resultado, así como el déficit de la calidad de la deliberación, en cuanto se trataría de una mera agregación de intereses individuales establecidos previamente.<sup>18</sup>

En todo caso, no se debe perder de vista que la calidad del debate se mueve en un plano ideal, es decir, parte de que los sujetos afectados –se trataría de la comunidad en su conjunto, al dar cuenta de modificaciones constitucionales– participan en el diálogo en igualdad de condiciones, esgrimiendo sus argumentos del modo más racional posible. Por tanto, están abiertos a la posibilidad de transformar sus preferencias previas a la discusión, en tanto escuchen unos argumentos que resulten persuasivos por estar mejor contruidos.<sup>19</sup>

Lo dicho hasta el momento contribuiría, respecto a una reforma constitucional, a determinar su conveniencia o no en términos políticos, en tanto que desde una perspectiva jurídica ayudaría a establecer su idoneidad o no con la Constitución. Todo lo anterior con el fin de que se respete, por un lado, la supremacía constitucional,

---

<sup>16</sup> La excepción es cuando, vía plebiscito, el presidente de la República pone a consideración de la ciudadanía la decisión final sobre la implementación de reformas constitucionales, si en el trámite no se llegó a poner de acuerdo con el Legislativo (Constitución de Chile, art. 117).

<sup>17</sup> José Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 308.

<sup>18</sup> Stephen Tierney, *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 23 y ss.

<sup>19</sup> Conrado Hübner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 14.

los derechos y la fuerza normativa de la Constitución; por otro, el principio de soberanía popular que, expresado por medio del poder constituyente, dio origen a la Constitución.

En seguida se analizará la participación de los ciudadanos en dos de las tres reformas que hasta el momento ha tenido la Constitución de 2008, que, dicho sea de paso, se efectuaron por el procedimiento de enmienda vía referéndum.

### **3. Balance de la participación democrática por medio de referéndum en las reformas constitucionales de 2011 y 2018**

La iniciativa de enmienda constitucional del expresidente Rafael Correa, aprobada el 7 de mayo de 2011, puso a consideración de la ciudadanía cinco preguntas que se referían a diversos temas, desde asuntos penales, pasando por la relación entre sistema financiero y medios de comunicación, hasta la administración de justicia. En este sentido, las dos primeras preguntas modificaron el artículo 77 de la Constitución en aspectos relativos al debido proceso penal. En efecto, los cambios propuestos por parte del Ejecutivo supusieron consecuencias negativas para garantías constitucionales como la libertad, la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, o las medidas alternativas y la privación de la libertad como *última ratio*. La pregunta número tres, apartándose de temas penales, hacía referencia a la relación entre sistema financiero y medios de comunicación, modificando, en consecuencia, el artículo 312 de la Constitución. Así, dicha pregunta comporta relevancia constitucional por el hecho de que iba más allá de la voluntad del constituyente, en la medida en que la intención original de aquel era prohibir que los accionistas y altos personeros de las entidades financieras tuvieran participación en negocios distintos a los financieros. Se trataba, por tanto, de una medida restrictiva de la libertad de empresa, que imponía igual prohibición a los directivos y accionistas de las empresas de comunicación privada de cobertura nacional, al obligarlos a que se mantuvieran solamente en la actividad de la comunicación. Finalmente, las preguntas cuatro y cinco hicieron referencia a modificaciones a aspectos cruciales del Consejo de la Judicatura, órgano de gobierno y administración de la Función Judicial en Ecuador. En este sentido, la iniciativa trajo consigo modificaciones legales y constitucionales, en el último caso a los artículos 179 y 181. En consecuencia, las preguntas tenían particular relevancia en materia constitucional debido a que afectaban uno de los elementos claves de cualquier Estado de derecho, como es la división de poderes.

De esta manera, la iniciativa implicó la influencia de las funciones ejecutiva, legislativa y de transparencia y control social sobre la Función Judicial, la cual vendría dada por el hecho de que el Consejo de la Judicatura sería disuelto y reemplazado por una Comisión Técnica, donde tendrían representación las tres funciones nombradas. Por otro lado, la iniciativa en cuestión supuso cambiar la composición

del Consejo de la Judicatura, esto es, de nueve miembros electos por concurso de méritos y oposición, pasaba a tener cinco.<sup>20</sup>

Respecto a las enmiendas constitucionales aprobadas el 4 de febrero de 2018, iniciativa del presidente Lenin Moreno, diremos que versaban sobre los más diversos temas, desde aspectos de lucha contra la corrupción, la reinstauración de la prohibición de reelección por más de una ocasión para todo dignatario de elección popular, o cambios a un poder del Estado, o la protección a la niñez, hasta temas alusivos a recursos naturales como la minería.

Estos cambios se concretaron en cinco preguntas. La pregunta número uno de la iniciativa de enmienda implicó cambios legales y constitucionales –como al artículo 233 del texto fundamental–, cuya finalidad era que quienes hubieran sido sancionados con sentencia ejecutoriada por delitos de corrupción fueran inhabilitados para la vida política y perdieran sus bienes. Al respecto vale comentar que la medida parecería desproporcionada, toda vez que no solo inhabilitaba al sentenciado por corrupción para postularse como candidato de elección popular, o para ingresar a la función pública y contratar con el Estado, medidas aceptables constitucionalmente. Por el contrario, la iniciativa suponía la pérdida de todos los derechos políticos, lo cual contradice principios constitucionales como la razonabilidad de los fines perseguidos con la enmienda. La pregunta número dos trató el tema de mayor relevancia, pues recuperó la intención del constituyente contemplada originalmente en los artículos 114 y 144 de la Constitución, en el sentido de prohibir la reelección por más de una ocasión de cualquier autoridad de elección popular, incluido el presidente de la República. Esta prohibición fue enmendada en el 2015 con motivo de una reforma constitucional en sede parlamentaria, promovida por la bancada legislativa a la que pertenecía el expresidente Correa.

La tercera pregunta aludió a la implementación de un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social transitorio<sup>21</sup> que reemplazara al Consejo que en ese momento se encontraba en ejercicio de funciones, con el fin de que el Consejo transitorio evaluara y, de ser el caso, diera por terminados los periodos de los funcionarios de control designados por el Consejo cesado. Además, la iniciativa contemplaba una forma distinta de designación de los consejeros que integran ese

---

<sup>20</sup> Al respecto, ver Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 001-11-DRC, de 15 de febrero de 2011.

<sup>21</sup> El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es un organismo que conjuntamente con la Contraloría, la Defensoría del Pueblo y las Superintendencias, integran la Función de Transparencia y Control Social, que junto al Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, conforman los cinco poderes del Estado contemplados en la Constitución. Desde su origen fue polémica su implementación, puesto que se trata de una instancia que, a través del Consejo de Participación, persigue estatizar la participación ciudadana. Es por ello que en este artículo no nos hemos referido a las funciones que cumple este Consejo respecto de la promoción de la participación, toda vez que se aleja de la visión común que entiende a la participación como aquellas interacciones que surgen desde la sociedad hacia el poder público, y no al revés.

organismo, esto es, por medio de voto popular. En este sentido, supuso la reforma de los artículos 112 y 207 de la Constitución. La iniciativa descrita estribó en un reclamo generalizado de la sociedad ecuatoriana acerca del incumplimiento de funciones por parte del Consejo, en cuanto a los malos resultados obtenidos en materia de lucha contra la corrupción, de promoción de la participación y, sobre todo, por la designación, por vía de concursos, de las autoridades de control, que a la postre fueron seriamente cuestionadas por su vinculación a casos de corrupción. Finalmente, las preguntas cuatro y cinco aludieron, por un lado, a la imprescriptibilidad del ejercicio de la acción penal, así como de la pena en los delitos sexuales en contra de menores, y, en consecuencia, modificó el artículo 46 del texto constitucional; por otro, a la prohibición de la minería metálica en todas sus etapas en zonas protegidas, intangibles y urbanas, modificando el artículo 407 de la Constitución.

Luego de la descripción de las enmiendas se comenzará por señalar que, en el ámbito de las semejanzas, tanto la enmienda constitucional de 2011 como la de 2018 tuvieron su origen en la iniciativa de los presidentes de la República Rafael Correa y Lenin Moreno, respectivamente, facultad adelantada por ambos mandatarios a través del procedimiento de enmienda vía referéndum.<sup>22</sup> Otra coincidencia es que ambas iniciativas resultaron vencedoras; sin embargo, se debe precisar que se trató, más que de un respaldo *per se* a los contenidos de las preguntas del referéndum, de una suerte de apoyo al régimen de turno. Por el lado de las diferencias se podría esgrimir, desde una perspectiva política, que se trató de coyunturas distintas pues en el caso de las enmiendas de 2011 tenían como objetivo ulterior un acrecentamiento del poder del Ejecutivo, vía su intervención en el Poder Judicial, en tanto que el propósito de las enmiendas de 2018 era reinstitucionalizar el país, matizando los efectos perniciosos de la reelección sin límite del presidente de la República.

Desde la arista jurídica también existieron variaciones, de ahí que, por ejemplo, respecto al control constitucional previo obligatorio de las iniciativas de enmienda, en 2011 la Corte Constitucional sí efectuó dicho control, aunque este fue bastante discutible en la medida en que modificó las preguntas formuladas por el presidente de la República para que pudieran pasar el examen de constitucionalidad, tarea para la cual la Corte Constitucional no tenía facultad ni legal ni constitucional.<sup>23</sup> Para el referéndum de 2018, la Corte Constitucional guardó silencio respecto a la constitucionalidad o no de las preguntas formuladas por el Ejecutivo, en tanto no

---

<sup>22</sup> En ambos escritos de petitorio de enmiendas, los presidentes de la República, de conformidad con el artículo 443 de la Constitución y los artículos 99 y 100 de la LOGJCC, solicitaron a la Corte Constitucional que señalara cuál de los procedimientos correspondía aplicar a cada modificación del texto constitucional, así como dictar sentencia respecto de la constitucionalidad de la convocatoria a referendo, y de las consideraciones y preguntas que debían ser conocidas por el electorado.

<sup>23</sup> Jorge Benavides, "El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2018, p. 21.

se pronunció dentro del término previsto por el artículo 105 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es, 20 días. Esta inacción trajo como consecuencia que las preguntas incluidas en la iniciativa se tuvieran como constitucionales, toda vez que ese efecto le atribuye el mencionado artículo 105. En cualquier caso, ya sea por la emisión de un muy discutible dictamen que viabilizó los cambios constitucionales de 2011, o por la omisión de pronunciarse dentro del término legal, la actuación de la Corte Constitucional ecuatoriana dejó mucho que desear en cuanto a la defensa de la supremacía constitucional, así como en garantizar las condiciones adecuadas para la deliberación pública respecto a la conveniencia o no de los cambios constitucionales. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el objetivo del control previo de constitucionalidad, por mandato normativo, es que precisamente se garantice la libertad del elector y la constitucionalidad de lo que se vaya a preguntar a la ciudadanía. Estos objetivos, por otra parte, deben ser interpretados de modo integral a la luz de los principios constitucionales de la participación comentados en líneas precedentes.

Ciertamente, hay conciencia acerca de la complejidad que suponen los procesos de reforma constitucional vía referéndum, principalmente por la dificultad que implican los temas que se ponen a consideración de los ciudadanos. Ahora bien, esta complejidad no comporta suficiente razón para que el poder público –sobre todo si se tiene en consideración que se trató de iniciativas nacidas desde el Ejecutivo– deje de realizar el mayor esfuerzo posible a fin de garantizar las condiciones adecuadas para la participación informada y la consiguiente deliberación de la ciudadanía.

En definitiva, al hacer un balance de la participación de los ecuatorianos en los referéndums constitucionales analizados, se diría que en el caso de 2011, tanto de parte del Ejecutivo como de la Corte Constitucional, no se promovió la calidad del debate democrático en la medida en que, a partir de un sencillo análisis, es muy difícil defender la constitucionalidad de lo que se preguntó, situación que se vería agravada por el hecho de que no se garantizó la debida libertad del elector respecto de las preguntas, los considerandos y los anexos puestos a su consideración. De ahí que sea difícil sortear la objeción teórica que esgrimía que en los referéndums las élites suelen plantear los temas de tal manera que se obtenga el resultado por ellas esperado. Respecto del referéndum de 2018, si bien en principio varias de las iniciativas fueron plausibles, el silencio de la Corte Constitucional en relación con su obligación de emitir el correspondiente dictamen sobre la constitucionalidad de las preguntas no contribuyó a la calidad del debate democrático y puso, por otra parte, en entredicho la función del órgano como guardián de la Constitución.

## Conclusiones

De lo expuesto en el artículo se puede colegir que el diseño normativo constitucional ecuatoriano contempla un vigoroso modelo participativo en la construcción de la



voluntad pública. En efecto, dicho modelo se observa en la complementariedad entre las instituciones de la democracia representativa y los instrumentos de democracia participativa, entre los cuales se destaca el referéndum constitucional.

El referéndum constitucional es particularmente importante dentro de los mecanismos de democracia directa, en la medida en que supone la intervención del pueblo, sin contar con la intermediación de los representantes, en la adopción final de una reforma constitucional; de ahí que en este trabajo se decantó su análisis.

En el referéndum constitucional, por otra parte, es necesario armonizar el elemento democrático de la participación, con la calidad del debate público. En este sentido, el esfuerzo pasa por que el Estado garantice las condiciones mínimas que permitan la discusión, contando, por supuesto, con la intervención de los ciudadanos en el cumplimiento de dichas condiciones.

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.

## Bibliografía

- BARBERIS, Mauro, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2012.
- BENAVIDES, Jorge, “El control de la reforma constitucional. Una aproximación a las normas que lo regulan en Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2018.
- \_\_\_\_\_, “La reelección presidencial indefinida en Ecuador. Una lectura crítica del dictamen de la Corte Constitucional que la permite vía enmienda constitucional”, en *Memoria XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. El diseño institucional del Estado democrático*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- CONSTITUCIÓN DE ARGENTINA, 1853 (incluidas sus reformas posteriores, la última de 1994).
- CONSTITUCIÓN DE BRASIL, 1988.
- CONSTITUCIÓN DE CHILE, 1980.
- CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Dictamen 001-11-DRC, de 15 de febrero de 2011.

\_\_\_\_\_, Dictamen 001-13-DGP-CC, de 25 de septiembre de 2013.

\_\_\_\_\_, Sentencia 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional”, en *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

EL UNIVERSO, “Desde el 2010 seis alcaldes fueron destituidos mediante revocatorias en Ecuador”, 30 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/30/nota/6835490/2010-seis-alcaldes-fueron-destituidos-mediante-revocatorias>

GRIJALVA, Agustín, “Panorama básico de la nueva Constitución. Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador de 2008”, en *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Centro de Estudios/Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010.

HÜBNER, Conrado, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, Asamblea Nacional de Ecuador, 2009.

MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

PÉREZ, Javier, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Catarata, 2015.

RAMÍREZ, Franklin (coord.), *Nuda Política. Participación, democracia y conflictos Ecuador 2009-2012*, Quito, FES-Ildis, Flacso-Ecuador, 2013.

TIERNEY, Stephen, *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Bruno Vendramin\* (Argentina)

## Las audiencias públicas en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia argentina: un caso de constitucionalismo dialógico\*\*

### RESUMEN

En los últimos años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sobre todo en litigios de reforma estructural, ha convocado a diversas audiencias públicas para tomar sus decisiones, mediante la Acordada 30/2007. En este artículo se lee dicho fenómeno bajo la teoría del constitucionalismo dialógico. Las audiencias públicas, como mecanismos institucionales participativos, pueden generar un diálogo democrático entre los poderes públicos, y otorgar espacio a la ciudadanía a la hora de tomar las decisiones que van a afectar sus derechos fundamentales, así como conceder mayor legitimidad a los fallos que emite la Corte.

**Palabras clave:** audiencias públicas, constitucionalismo dialógico, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

### ZUSAMMENFASSUNG

In den vergangenen Jahren hat der Oberste Gerichtshof Argentiniens auf der Grundlage seiner Verfahrensvereinbarung 30/2007 insbesondere bei Strukturreformen betreffenden Streitfällen im Vorfeld seiner Entscheidungen öffentliche Anhörungen durchgeführt. Der Beitrag analysiert dieses Vorgehen aus der Perspektive des dialogorientierten Konstitutionalismus. Öffentliche Anhörungen sind im Sinne partizipativer institutioneller Mechanismen dazu geeignet, den demokratischen Dialog zwischen den öffentlichen Gewalten anzuregen und den Bürgern Mitsprachemöglichkeiten

---

\* Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca. [brunovendraminn@gmail.com](mailto:brunovendraminn@gmail.com)

\*\* Este artículo comenzó a gestarse en el Seminario de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, impartido durante agosto y noviembre de 2017. Agradezco al profesor Andrés Rossetti por las cálidas discusiones y sugerencias allí dadas.

bei Entscheidungen einzuräumen, die ihre Grundrechte berühren, und zugleich die Legitimität der Urteile des Gerichtshofs zu stärken.

**Schlagwörter:** Öffentliche Anhörungen, dialogorientierter Konstitutionalismus, Oberster Gerichtshof Argentiniens.

## SUMMARY

In recent years, the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation has, through Decree 30/2007, held various public hearings for rendering its decisions, especially in litigation involving structural reforms. This article analyzes this phenomenon under the theory of dialogic constitutionalism. Public hearings, as participatory institutional mechanisms, can generate a democratic dialogue between public powers, provide citizens with an opportunity to be heard when decisions that will affect their fundamental rights will be made, and grant greater legitimacy to the decisions issued by the Court.

**Key words:** Public hearings, dialogic constitutionalism, Supreme Court of Justice of the Argentine Nation.

## Introducción

En el último tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sobre todo en litigios de reforma estructural, ha convocado a diversas audiencias públicas para tomar sus decisiones. Desde 2004 hasta hoy se han efectuado algo más de 20 audiencias, y se puede afirmar que ya es una práctica establecida en el ámbito de la Corte. Benedetti y Sáenz sostienen que “las audiencias públicas en general han sido en la Argentina contemporánea el bastión más visible de las reformas democratizadoras de la actividad decisoria judicial y de ciertos procedimientos vinculados a la efectividad de los derechos”.<sup>1</sup> Su fundamento constitucional inmediato lo podemos rastrear en el artículo 1° de la Constitución argentina, en cuanto a la forma republicana de gobierno, integrando la publicidad de los actos de gobierno, y en el artículo 33°, por el principio de soberanía popular; también se ve involucrado el principio de publicidad procesal, ya que personas que son ajenas al proceso pueden conocer los actos procesales.

Por otra parte, el fenómeno se ha desarrollado con cierta amplitud y aceptación en la región (en el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en la Corte Constitucional colombiana, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y, además, cuenta

---

<sup>1</sup> Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 14. Este estudio contiene un fino y exhaustivo análisis sobre las audiencias públicas llevadas adelante por la Corte Suprema desde 2004 hasta 2014.

con una larga y asentada tradición en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

En este artículo quisiera interpretar el fenómeno de las audiencias llevadas adelante por la Corte a la luz de la teoría del constitucionalismo dialógico.<sup>2</sup> Las audiencias públicas configuran una alternativa innovadora, singular y progresista de participación democrática, y generan un diálogo entre los poderes públicos. La teoría del constitucionalismo dialógico ha producido, en los últimos años, un debate teórico novedoso. Nombres como Friedman, Balkin, Tushnet, Rodríguez Garavito, Gargarella, Linares y otros buscan, con perspectivas diferentes e intereses dísimiles, dejar atrás la concepción rígida del *checks and balances*, que históricamente caracterizó –y, en buena medida, lo sigue haciendo– a la mayoría de las democracias occidentales, generando un escaso, cuando no nulo, diálogo entre los poderes públicos del Estado y entre los ciudadanos con la estructura estatal. Además, le proporcionan al Poder Judicial mayor legitimidad democrática, en virtud de que el *judicial review*, institución clásica destinada a garantizar la supremacía constitucional y resguardar los derechos fundamentales, se convierte en este modelo en un promotor de la deliberación pública, generando un diálogo democrático entre los poderes y otorgándole mayor espacio a la ciudadanía a la hora de tomar decisiones sobre sus derechos.<sup>3</sup>

Con base en dicha línea teórica, primero estudio el fenómeno de las audiencias sucedido en la Corte argentina en los últimos años y examino la Acordada<sup>4</sup> 30/2007

---

<sup>2</sup> Sobre el constitucionalismo dialógico puede verse la valiosa compilación de ensayos contenidos en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación pública*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

<sup>3</sup> La relevancia del constitucionalismo dialógico y lo promisorio de sostener esta teoría estriba en que –como sostiene Gargarella– permite que “los distintos poderes de gobierno alcancen acuerdos ‘conversacionales’ ahuyenta los temores y las críticas relacionadas con la imposición de soluciones ‘desde arriba’ [...] las soluciones dialógicas prometen terminar con las tradicionales objeciones democráticas a la revisión judicial, basadas en las débiles credenciales democráticas del Poder Judicial, o los riesgos de que al imponer la última palabra, se afecte el sentido y objeto de la democracia constitucional (en donde las mayorías deben mantenerse en el centro de la creación normativa)” (Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, 2014. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Este artículo también está incluido en Gargarella, *op. cit.*, pp. 119-159.

<sup>4</sup> Se entiende por “acordada” o “acuerdo” las resoluciones que dicta la Corte Suprema en uso de sus atribuciones legales a los fines de una buena administración de justicia. Son, como bien dice la palabra, “acuerdos” de los jueces sobre diversas cuestiones. El artículo 18 de la Ley 48, sobre jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales argentinos, establece la facultad de la Corte Suprema de dictar los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los juicios; al mismo tiempo, el artículo 113 de la Constitución Nacional argentina permite al alto tribunal dictar su reglamento interno y nombrar a sus empleados. En este sentido, la Corte Suprema permanentemente echa mano de las acordadas (ya que además son obligatorias y vinculantes para los juzgados, fiscalías, demás órganos del Poder Judicial en su conjunto y para el personal de la planta de dicho poder): así, este instrumento administrativo práctico le permite resolver al tribunal cuestiones de todo tipo, relacionadas con

del mencionado tribunal –la que estableció y reglamentó dicho mecanismo participativo– para luego revisar las limitaciones de este mecanismo, a los fines de ver qué medidas pueden tomarse para mejorar su perfectibilidad y superar los déficits que las afectan.

## 1. Audiencias públicas y constitucionalismo dialógico

El constitucionalismo dialógico abreva del ideal de la teoría de la democracia deliberativa. Las decisiones públicas aquí se toman mediante un diálogo inclusivo: una decisión legítima y justificada es fruto de las discusiones –igualitarias– entre los participantes afectados. En este sentido, escribe Habermas: “Solo pueden pretender validez las normas que encuentran (o podrían encontrar) aceptación por parte de todos los afectados, como participantes en un discurso práctico”.<sup>5</sup> ¿No parece razonable, justo e igualitario que los sujetos que se ven afectados por las decisiones políticas y jurídicas trascendentales que se toman en la sociedad, las decisiones que afectan sus derechos, no tengan participación? Que los mismos afectados no participen en la toma de decisiones implica, las más de las veces, paternalismo y elitismo. Todas las personas como agentes libres, responsables y autónomos, en diálogo con los demás, de buena fe, tienen la facultad de opinar, de decidir, de intervenir y de debatir sobre sus derechos.<sup>6</sup>

Las audiencias públicas tienen, indudablemente, elementos deliberativos en su seno. En primer lugar, el diálogo y la participación de los afectados, aunque no solo de los afectados, porque en las audiencias intervienen otros sujetos ajenos a los afectados directos: los amigos del tribunal y la sociedad civil, que puede escuchar y presenciar las audiencias. Es así como en las audiencias los sujetos afectados realizan exposiciones orales, manifiestan sus posiciones, el tribunal los interroga y escucha, considera sus alegatos en el momento de resolver y tienen derecho a réplica, canalizando a través de estas actividades la participación. En segundo lugar, las audiencias son públicas. Este punto es

---

la fijación de las políticas judiciales, como las audiencias públicas o los *amici curiae*; asuntos de recursos humanos y personal, tales como designaciones, licencias, pagos, liquidaciones, sanciones disciplinarias, bonificaciones, gastos y viáticos, etc.; temas de ejecución presupuestaria y financiera; habilitación de ferias en los juzgados de todo el país, y otros asuntos que le permiten resolver cuestiones de administración de justicia de todos los días.

<sup>5</sup> Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985, p. 116.

<sup>6</sup> Como escribió Robert Dahl: “Solo la concepción democrática, nunca la del tutelaje, puede brindar la esperanza de que, al participar en el gobierno de sí mismos, todos los integrantes de un pueblo, y no únicamente unos pocos, aprendan a actuar en forma moralmente responsable como seres humanos” (*La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 100).

absolutamente central, ya que permite la participación ciudadana y la difusión pública de los asuntos constitucionales que allí se resuelven.<sup>7</sup> Una de las características centrales de la democracia deliberativa es que el proceso de discusión, para arribar a la toma de normas y razones, es esencialmente público y colectivo: “El núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general, en el marco de espacios públicos más o menos organizados”.<sup>8</sup> En el caso de las audiencias, estas permiten a las partes exponer sus razones públicamente, intercambiando argumentos, y también generan un diálogo entre las partes y el Poder Judicial, con el objetivo de arribar a una decisión fundamentada discursiva y racionalmente y, sobre todo, producto de los consensos. El poder comunicativo-argumentativo se materializa a través de una sentencia imparcial, fruto de la deliberación. Además, generalmente en los casos sometidos a audiencias (que tienen lugar, como veremos, en los “litigios de reforma estructural”), la opinión pública tiene mucha importancia, porque son situaciones que involucran derechos de diversos grupos, clases y sectores de la ciudadanía. La opinión pública es parte central del proceso deliberativo, según Habermas. El influjo de la opinión pública es un elemento que ayuda a justificar las sentencias de los jueces (aunque, como piensa Habermas, ella “no puede mandar, sino solo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección”).<sup>9</sup> Estos son, entre otros, algunos elementos de la teoría de la democracia deliberativa que están presentes en las audiencias públicas.

### 1.1. Las audiencias públicas en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina

En Argentina, la instauración de las audiencias responde a un contexto particular de la actividad de la Corte y no fue una medida aislada. En el marco de las aspiraciones de las cortes de impulsar alternativas de participación ciudadana, promover el diálogo democrático, la publicidad y la transparencia en los procedimientos y en las decisiones que emanen de estos, el tribunal instituyó diversos instrumentos en esta dirección: la creación del Centro de Información Judicial (CIJ), el establecimiento –también mediante Acordada– de la figura de amigos del tribunal o *amici curiae*, el otorgamiento de más trascendencia a los litigios colectivos y de reforma estructural, la reducción paulatina de la litigiosidad en las causas judiciales, las conferencias

---

<sup>7</sup> El segundo considerando de la Acordada 30/2007 de la Corte dice que este mecanismo institucional “permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”.

<sup>8</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 447.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 376.

anuales para el Poder Judicial en su conjunto y las audiencias públicas.<sup>10</sup> Esto ocurrió, entre otras razones, por los nuevos magistrados que integran la Corte y, sobre todo, por la gran crisis que sacudió al sistema político-institucional argentino en el año 2001. El Poder Judicial no fue ajeno al “que se vayan todos” de las jornadas de diciembre de aquel año.<sup>11</sup> Es que la Corte gozaba de escasa legitimidad por aquellos años (además, venía del periodo de la mayoría automática de los noventa, por lo que una de las tareas principales de la nueva Corte fue la de recuperar la legitimidad institucional perdida). De hecho, una de las ideas centrales del discurso “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, ofrecido por Ricardo Lorenzetti –presidente del Supremo Tribunal– en el marco de la II Conferencia Nacional de Jueces (Salta, septiembre de 2007),<sup>12</sup> fue la de “reconstruir los deteriorados vínculos entre el Poder Judicial y la sociedad”. En esta dirección, las audiencias fueron utilizadas como puente entre la Corte y la ciudadanía.

Es en este contexto de las audiencias públicas donde el Poder Judicial asume un rol muy activo en la configuración y resolución en los litigios de reformas estructurales. Así, las audiencias públicas en la Corte argentina –y también en otros tribunales– se dieron preferentemente en litigios de reforma estructural, por la magnitud, relevancia y sensibilidad de los casos y los derechos allí implicados. Estos litigios son caracterizados como procesos en donde los intereses y las relaciones jurídicas trascienden a los reclamados estrictamente por las partes procesales. Como

---

<sup>10</sup> En una conferencia impartida en la Universidad di Tella, Lorenzetti hizo hincapié en la necesidad de que las políticas del Poder Judicial fomenten la cultura pública; en esta nueva configuración, las audiencias cumplen un rol fundamental: la “construcción de un lenguaje común nos refiere a una estructura de principios, de consensos básicos en la sociedad que permita el desarrollo de la diversidad, del conflicto, pero tiene que haber una base común. Alguna vez he citado a John Rawls que tiene un libro muy importante sobre los consentimientos cruzados –*El liberalismo político*–. Rawls habla de consensos cruzados. Es decir, cuando hay entrecruzamiento en algún punto coincidimos y creo que esta es tal vez la razón última de por qué uno debería hacer una audiencia pública en un caso de trascendencia institucional. Es mostrar un escenario en el cual la sociedad interactúe, haya argumentos, contraargumentos, existan puntos en los cuales uno diga ‘en esto puede haber una base común, en esto hay disenso’” (Ricardo Lorenzetti, “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, diciembre de 2013, pp. 7-8).

<sup>11</sup> El mismo Ricardo Lorenzetti admitió que la crisis de 2001 también le tocó las puertas al Poder Judicial: “El Poder Judicial ha sufrido los efectos de la crisis nacional del año 2001/2002, que agravó y puso en evidencia problemas preexistentes. Entre los años 2002 y 2006 hubo un periodo que puede denominarse de ‘transición’, que permitió administrar los efectos de la crisis y continuar brindando el servicio de justicia, lo que permitió evitar una debacle institucional” (“Políticas de Estado para el Poder Judicial”, 2007. Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/politicas-de-estado-para-el-poder-judicial.pdf>).

<sup>12</sup> En el marco de esta conferencia, y como conclusión de la misma, la Corte emitió un documento que detalla los objetivos de las nuevas políticas públicas en materia judicial, el plan de trabajo de la Corte, el rol y el nuevo liderazgo público del Poder Judicial, distintos proyectos de gestión y comunicación institucional y propuestas futuras (Disponible en: <https://www.eldial.com/publicador/comodin/imagenes/DocumentodeTrabajo.pdf>).



bien dice Mariela Puga, “la expresión ‘litigio estructural’ o ‘caso estructural’, califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales”.<sup>13</sup> En Argentina comienzan a tomar forma luego de la Reforma Constitucional de 1994, por la incorporación de nuevos derechos –principalmente los colectivos– a la carta magna. Cuestiones que atañen a la salud pública, al medioambiente, a las comunidades indígenas, el sistema penitenciario, etc., son algunos ejemplos donde se han presentado casos de litigio estructural. Además, son claramente procesos de activismo judicial, es decir, las decisiones de los jueces afectan a diversos grupos sociales y obligan a distintos órganos del Poder Ejecutivo a tomar determinadas políticas públicas encaminadas al cumplimiento de las sentencias. Así, el proceso ya no se enmarca en el paradigma adversarial de resolución de conflictos, sino, antes bien, en el debate entre las partes para que el juez fije directrices que solucionen los problemas allí ventilados: “Menos preocupado por determinar a quién darle la razón, o a quién reprocharle una conducta, el decisorio estructural se empeña en encontrar pautas regulatorias a una situación que imbrica de formas complejas diversos intereses, y a la que se intenta modificar”.<sup>14</sup> Sebastián Linares afirma que aquí “la Corte asume una verdadera dimensión política, erigiéndose en un agente con poder de agenda, al llamar la atención a los representantes políticos, convocar audiencias públicas, obligarlos a tomar decisiones bajo ciertos parámetros, y controlar todo el proceso de decisión y ejecución”.<sup>15</sup>

Respecto de los derechos constitucionales puestos en juego en los casos sometidos a audiencias, el abanico es amplio; abarca derechos públicos y privados, y, sobre todo, los nuevos derechos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994: derechos ambientales –la audiencia más importante y significativa fue Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)–,<sup>16</sup> derechos de las comunidades indígenas, derechos colectivos, derecho al acceso a la información pública, derechos laborales y sociales, libertad de expresión, derecho a la intimidad, derecho a la libertad religiosa, y derechos entre competencias y atribuciones de los poderes públicos del Estado en sus tres niveles (nacional, provincial y municipal). Como se ve, la mayoría de los casos son litigios donde el interés público prevalece, principal guía para que la Corte llame a audiencias públicas, y se caracterizaron como litigios de reforma estructural.

---

<sup>13</sup> Mariela Puga, “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año I, núm. 2, 2014, p. 43.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>15</sup> Sebastián Linares, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008, p. 9.

<sup>16</sup> Para un buen análisis del caso Mendoza, ver Paola Bergallo, “La causa Mendoza: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en Gargarella, *op. cit.*, pp. 245-293.

## 2. La Acordada 30/2007

La Corte Suprema instituyó formalmente el procedimiento de las audiencias públicas mediante la Acordada 30 del año 2007.<sup>17</sup> En el punto primero de dicha resolución –que contiene once puntos– dice la Corte que “convocará a audiencias públicas cuando lo dispongan al menos tres jueces”, lo que, entiendo, es adecuado porque no se necesita el acuerdo de todos los ministros de la Corte. Luego, clasifica dichas audiencias en tres tipos: i) informativa, ii) conciliatoria y iii) ordenatoria. La primera tiene por objeto escuchar e interrogar a las partes, la segunda apunta a que las partes intervinientes arriben a soluciones no adversariales, y la tercera se realiza para que el alto tribunal pueda adoptar medidas que mejoren el trámite de la causa. El primer tipo de audiencia, la informativa, es la que institucionaliza el modelo de la democracia deliberativa, ya que los magistrados escuchan e interrogan a las partes. Por otro lado, el punto más importante es –y que constituye la esencia de este mecanismo institucional– que serán públicas, según establece el punto 5): “Las audiencias serán públicas. Para la asistencia se otorgará prioridad a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal, según sea necesario en cada caso. Podrá asistir el público en general, hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto”. Así, cualquier persona puede acceder y asistir a ellas, escuchar las posiciones de las partes, etc.; serán filmadas y grabadas, y posteriormente “podrán utilizarse como prueba”. Además, el tribunal dará intervención al Ministerio Público Fiscal y al Ministerio Público de la Defensa, según los casos.

La Acordada consta de dos exiguos considerandos; además de que la fundamentación es muy corta (no se apoya en ningún precedente extranjero ni reconoce influencia alguna), utiliza un lenguaje vago e impreciso. Pero el déficit principal que la afecta es la discreción; en efecto, abre un amplio margen de discrecionalidad para la Corte. El considerando de la Acordada dice “que serán convocadas en ciertas causas que tramitan ante esta Corte”. Para esto, el tribunal remite al dictamen del procurador general de la nación en el fallo *Penjerek*, del 14 de noviembre de 1963 (causa que dio lugar a lo que se conoce como la doctrina de la gravedad institucional<sup>18</sup>). Generalmente, suele invocarse la gravedad institucional, la trascendencia institucional, temas “altamente sensibles” (como dijo en una entrevista Fayt), pero la acordada no las define, sino que se limita a decir “ciertas causas”. Así, el poder discrecional de la Corte al seleccionar la causa que revista “gravedad institucional”

---

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 30/2007, Expte. 3805/2007, Adm. Gral. Disponible en: [http://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac\\_csjn\\_3007.pdf](http://www.cpacf.org.ar/files/acordadas/ac_csjn_3007.pdf). Cabe agregar que, luego de esta Acordada, los tribunales supremos de Corrientes, Neuquén y Mendoza también implementaron las audiencias públicas.

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Penjerek*, Norma Mirta s/rapto y homicidio s/ incidente de recusación.

o una calificación similar, se potencia al máximo, ya que, al no precisar nada en la acordada, el único criterio para definir cuándo se configuraría un caso así es la voluntad de la Corte. En resumen: es el “criterio exclusivo y excluyente de la propia Corte a lo largo de su práctica lo que determinará los modos de utilizar y en qué asuntos o acerca de cuáles materias, cualquiera sea la competencia en virtud de la cual interviene el alto tribunal”.<sup>19</sup>

Recordando que el ideal regulativo de la democracia deliberativa es la igualdad de los participantes, en las audiencias encontramos una fuerte desigualdad. Así, los jueces revisten una posición privilegiada, mediante una clara relación jerárquica y con un poder absoluto sobre la dirección del diálogo. Indudablemente, lejos está de configurarse el ideal igualitario de comunicación al que aspira la democracia deliberativa. Interrogan a las partes todas las veces que deseen, las interrumpen, estas aproximadamente cuentan con unos 20 minutos para exponer sus posiciones, y casi que no hay espacios para réplicas.

En las audiencias sucede lo que la filósofa brasilera Marilena Chaui denomina “discurso competente”: es el “discurso del especialista, pronunciado desde un punto determinado de la jerarquía organizacional”.<sup>20</sup> Esto ocurre porque los jueces y los abogados son, en las audiencias, los únicos sujetos con palabra autorizada, institucionalizada y legitimada para hablar, sobre todo para que esa palabra revista algún valor. Pese a que se escucha a los afectados, su discurso no tiene el mismo valor que el de los técnicos en derecho, y menos, claro está, que la palabra de los jueces. Así, el diálogo, en esencia, se da entre élites, entre jueces y abogados, mediante tecnicismos jurídicos muchas veces imposibles de descifrar para un ciudadano lego en derecho. En ocasiones, se da intervención a expertos en distintas ciencias (bioquímicos, médicos, ingenieros, etc.) para que emitan informes y opiniones técnicas, situación discursiva en la que también queda excluida la mayoría de la población.

Otro de los déficits de las mencionadas audiencias es que, en líneas generales, están previamente determinadas: en efecto, las partes, antes de exponer sus argumentos y alegatos, deben presentar un “resumen escrito de su exposición”, según lo dispone la Acordada 30/2007. En este sentido, las posiciones de los oradores se ven constreñidas al escrito previo, lo que, en cierto aspecto, se puede afirmar que origina un “guion” y deja muy poco lugar a la creación e improvisación oral y a la introducción de nuevas explicaciones. Antes de configurarse “audiencias dialógicas”, cabría hablar de “audiencias guionadas”.<sup>21</sup> En la mayoría de las audiencias, “el tribunal construyó su rol a partir de la interrogación intensa a las partes y llegó a disminuir el

<sup>19</sup> Benedetti y Sáenz, *op. cit.*, p. 70.

<sup>20</sup> Marilena Chaui, “El discurso competente”, *Nombres. Revista de Filosofía*, año XXII, núm. 28, 2014, pp. 113-125. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/NOMBRES/article/view/12023>.

<sup>21</sup> En casos excepcionales como Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s. acción declarativa de inconstitucionalidad y Catamarca, Provincia de c. Estado Nacional y otros. Acción declarativa de certeza, litigios referidos a coparticipación, la Corte dio lugar a réplicas.

tiempo de exposición libre a unos pocos minutos y a controlar casi por completo el rumbo de la conversación de las jornadas”.<sup>22</sup> Producto de la relación asimétrica que existe entre las partes, el control absoluto de la dinámica dialógica por parte del Alto Tribunal deja escaso espacio para un diálogo fluido y libre.<sup>23</sup>

Uno podría pensar que más de 20 audiencias<sup>24</sup> –las que fueron convocadas por la Corte desde 2004 hasta la fecha– son pocas causas. Es cierto. Para el gran volumen de fallos que se someten a consideración del Máximo Tribunal, dos docenas de audiencias son escasas (no obstante, hay que tener presente que, naturalmente, no pueden someterse al proceso de audiencias todos los casos de litigio estructural, por razones temporales y materiales). Desde el aspecto temporal, los procesos judiciales sometidos a audiencias públicas han durado meses y a veces hasta dos o tres años, generando un desgaste administrativo y procesal considerable, por la cantidad de actores involucrados y la complejidad de las causas. Por ejemplo, la causa *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios* (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo) duró cuatro años, comenzó en 2004, y la Corte dictó la sentencia el 8 de julio de 2008. Por otra parte, y desde el punto de vista material, la Corte Suprema argentina interviene y recibe muchas causas judiciales por año, por lo que en las condiciones actuales se ve imposibilitada de proceder a la apertura de audiencias públicas de forma permanente,

<sup>22</sup> Benedetti y Sáenz, *op. cit.*, p. 161.

<sup>23</sup> Una de las excepciones notables e interesantes fue el caso de las comunidades indígenas (Comunidad Indígena Toba La Primavera - Novogoh c/ Formosa, Provincia de s/ incidente de medida cautelar), donde diversos líderes tomaron la palabra y expusieron su visión de los hechos cuando por primera vez ingresaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>24</sup> Los casos en los que la Corte convocó a audiencias públicas son los siguientes, desde el año 2004 hasta 2017: Verbitsky, Horacio s. hábeas corpus; Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s. daños y perjuicios; Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s. proceso de conocimiento; Patitó, José Ángel y otro c. diario La Nación y otros; Gentini, Jorge Mario y otros c. Estado Nacional – Ministerio de Trabajo y Seguridad s. part. Accionariado obrero; Halabi, Ernesto c. PEN – Ley 25873 – dto. 1563/2004 s. amparo ley 16986; “AFIP c. Intercorp S.R.L. s. ejecución fiscal”; Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. EN – PEN – Ley 25414 dto. 1204/2001 s. amparo; Salas, Dino y otros c. Salta, Provincia de y Estado Nacional s. amparo; Sánchez, Carlos Próspero c. Auditoría General de la Nación; Pellejero, María Mabel s. amparo s. apelación; Schroder, Juan c. INVAP SE y EN s. amparo; Santa Fe, Provincia de c. Estado nacional s. acción declarativa de inconstitucionalidad; Catamarca, Provincia de c. Estado nacional y otro s. acción declarativa de certeza; Comunidad Indígena Toba La Primavera-Navogoh c. Formosa, Provincia de s. incidente de medida cautelar; Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c. Jujuy, Provincia de y otros s. amparo; Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s. amparo; Grupo Clarín S.A. y otros c. PEN y otro s. acción meramente declarativa; Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s. daños y perjuicios; Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s. Ley de Asociaciones Sindicales; Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina S.A. s. juicio sumarísimo; La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas; Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo; CSJ 528/2000 (36-B)/CS1 - Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo-derivación de aguas.

por la escasez de recursos, infraestructura y personal para hacer frente a este tipo de procesos. Ahora bien, es necesario remarcar que antes de que la Corte Suprema llamara a audiencias y las instituyera de manera formal, literalmente *no había nada*. Antes de la puesta en marcha y de la apertura de las nuevas técnicas democráticas dialógicas, la situación era mucho peor, porque directamente los poderes públicos no dialogaban, no existían las audiencias, la ciudadanía no tenía acceso ni participación en la toma de decisiones (configuradas estas situaciones bajo el rígido modelo del *checks and balances*). Es así como las audiencias constituyen un claro avance respecto del estado de cosas anterior.

### 3. Consideraciones finales

En el presente artículo vimos cómo las audiencias públicas constituyen una herramienta novedosa de participación ciudadana en el ámbito de la Corte, y las leímos a la luz de la teoría del constitucionalismo dialógico. Desarrollamos el contexto en el que surgieron, con la nueva integración del alto tribunal desde el año 2004, que inició una nueva visión institucional y, posteriormente, su formalización, concretada mediante la Acordada 30/2007. Por otra parte, y como expusimos, el manejo de esta herramienta institucional, en la práctica, queda casi totalmente librado a la discrecionalidad del tribunal. También vimos la notoria asimetría entre las partes intervinientes, configurándose una relación de jerarquía entre jueces-abogados y afectados-*amici curiae*-terceros, con un fuerte tecnicismo discursivo y guionado, que deja poco espacio a un diálogo fluido y libre.

Para mejorar las audiencias públicas en el país, sería deseable que el Congreso de la nación sancionara una ley, constituyéndola en mecanismo de participación ciudadana en el ámbito del Poder Judicial, en ciertos casos, y con las reglamentaciones y los requerimientos particulares que precisa la regulación de las audiencias. Creo que una buena iniciativa sería rescatar y otorgar estado parlamentario a los proyectos presentados en 2009 y 2011,<sup>25</sup> o que algún miembro o bloque del Congreso confeccione y presente, de manera íntegra y aprovechando las experiencias y los antecedentes de las audiencias públicas en Argentina, un nuevo proyecto para regularlas, mediante ley. Como esta situación en principio es difícil que se concrete o implica un largo tiempo –ya que depende de la voluntad de los miembros del Congreso y de otros factores políticos, sociales y jurídicos–, es de esperar que en los próximos años la Corte siga efectuando audiencias públicas de manera más reiterada e insistente.

Otra medida beneficiosa que podría tomarse es que las cortes supremas de las provincias o los tribunales superiores también instauren y propulsen las audiencias públicas mediante resoluciones o acordadas, ya que de las 24 provincias solo

---

<sup>25</sup> Presentados en su momento por el diputado nacional Hugo Prieto, perteneciente al partido Concertación del Neuquén.

las implementaron algunas (Corrientes, Neuquén y Mendoza). Esto puede permitir que estructuras jurídicas provinciales, los operadores jurídicos y las poblaciones enteras de pueblos y ciudades a lo largo y ancho del país tengan más participación en los casos que corresponden a la justicia ordinaria, ya que, recordamos, la justicia federal en Argentina en principio es excepcional; además, para que un litigio llegue a la Corte Suprema debe realizar un largo recorrido que implica tiempo, dinero, desgaste administrativo-judicial, burocratización de los procesos, etc.

Por otra parte, la Corte tendría que llevar adelante algunas reformas sobre la mecánica de las audiencias, a los fines de solucionar algunas de las limitaciones que se explicaron previamente. Así, el alto tribunal tendría que dejar más espacio al diálogo libre y, sobre todo, que existan réplicas y contrarréplicas, ya que las audiencias se encuentran fuertemente guionadas. Asimismo, los jueces deberían adoptar una posición más horizontal y menos jerárquica con las partes, estableciendo una relación más cercana. En lo que respecta a los *amici curiae*, también correspondería hacerlos intervenir más, pues participaron en unas pocas audiencias.

Por último, es notorio que las democracias occidentales requieren cada vez más la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos. Fenómenos como las asambleas ciudadanas que se produjeron en las calles de Argentina durante la crisis de diciembre de 2001 (bajo el lema “que se vayan todos”), el Movimiento de los Indignados en España en 2011, el Occupy Wall Street en Estados Unidos, las aspiraciones secesionistas ocurridas en los últimos meses en Cataluña son algunos movimientos de la ciudadanía global<sup>26</sup> que han puesto de relieve el agotamiento y la crisis del modelo institucional clásico configurado bajo el modelo de *checks and balances*, como también la teoría tradicional de la representación política. Creo que las audiencias públicas, entre otros mecanismos participativos, tienen potencialidad para sortear –de manera parcial y con todas sus limitaciones– algunos de estos problemas, y otorgar más poder y participación a la ciudadanía en la toma de decisiones que les afectan, generando una cultura dialógica entre los poderes públicos y concediendo más legitimidad a los fallos que emiten los jueces.

## Bibliografía

BENEDETTI, Miguel Ángel y María Jimena SÁENZ, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

---

<sup>26</sup> El filósofo italiano Roberto Espósito afirma que “lo que entrevemos en el resurgimiento de los movimientos de protesta que hoy llenan las plazas de gran parte del mundo es la inevitable expansión de las instituciones de la democracia más allá de sus confines clásicos y modernos” (*Las personas y las cosas*, Buenos Aires, Katz, 2016, p. 19).

- BERGALLO, Paola, “La causa Mendoza: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en Roberto GARGARELLA, *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación pública*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- CHAUI, Marilena, “El discurso competente”, *Nombres. Revista de Filosofía*, año XXII, núm. 28, 2014, pp. 113-125. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/NOMBRES/article/view/12023>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Penjerek, Norma Mirta s/rapto y homicidio s/incidente de recusación.
- DAHL, Robert, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992.
- ESPÓSITO, Roberto, *Las personas y las cosas*, Buenos Aires, Katz, 2016.
- GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación pública*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- \_\_\_\_\_, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos”, 2014. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>
- HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 1985.
- \_\_\_\_\_, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- LINARES, Sebastián, “El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 3, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo, “Políticas de Estado para el Poder Judicial”, 2007. Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/politicas-de-estado-para-el-poder-judicial.pdf>
- \_\_\_\_\_, “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, diciembre de 2013.
- PUGA, Mariela, “El litigio estructural”, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año I, núm. 2, 2014.

**Alejandro Gómez Velásquez\*** (Colombia)  
**Nataly Montoya Restrepo\*\*** (Colombia)  
**Cristian Zapata Chavarría\*\*\*** (Colombia)

## **El derecho a la participación de los miembros de comunidades no étnicas impactadas por proyectos de desarrollo en el sistema jurídico colombiano\*\*\*\***

### **RESUMEN**

El artículo hace una aproximación de derecho positivo a la configuración de un derecho a la participación de las comunidades no étnicas impactadas por proyectos de desarrollo en el sistema jurídico colombiano. Para ello se procede a la identificación de las principales fuentes normativas al respecto en una consideración jerárquica; de manera que del precedente jurisprudencial y de normas de carácter legal y reglamentario se extraen las reglas que permiten delinear la anatomía del derecho y su consecuente aplicación.

**Palabras clave:** derecho a la participación, derechos ambientales, comunidades no étnicas.

---

\* Doctorando en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor e Investigador de tiempo completo de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit, Colombia. <http://orcid.org/0000-0002-6354-5708>. [agomezv1@eafit.edu.co](mailto:agomezv1@eafit.edu.co)

\*\* Doctoranda en Geografía en la Pontificia Universidad Católica de Chile, becaria Doctorado Nacional Conicyt-OEA, año 2017. Profesora e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit, Colombia. [nmontoy5@eafit.edu.co](mailto:nmontoy5@eafit.edu.co)

\*\*\* Magíster en Derecho y Medio Ambiente de la Universidad de Huelva, España. Profesor de la Universidad de Antioquia y la Universidad Eafit, Colombia. [czapat24@eafit.edu.co](mailto:czapat24@eafit.edu.co)

\*\*\*\* Este artículo es resultado parcial de las investigaciones “Ordenamiento territorial en Colombia: el caso de los embalses para la generación de energía” y “La colaboración armónica interorgánica como presupuesto para el cumplimiento de los fines del Estado”, proyectos de investigación con financiación interna 2012-2015, del Grupo de investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit.



## ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel nimmt eine positiv-rechtliche Betrachtung der Ausgestaltung von Mitwirkungsrechten nicht-ethnischer Gemeinschaften im kolumbianischen Rechtssystem vor, die von Entwicklungsvorhaben betroffen sind. Dazu werden die wichtigsten in Frage kommenden Rechtsquellen herausgearbeitet und ihrer Rangordnung entsprechend geordnet, um aus den Präzedenzfällen sowie aus den gesetzlichen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen Regeln ableiten zu können, die eine Skizzierung der Anatomie des Rechts und seiner daraus folgenden Anwendung ermöglichen.

**Schlagwörter:** Mitwirkungsrecht, Umweltrechte, nicht-ethnische Gemeinschaften.

## SUMMARY

This article takes a positive-law approach to the configuration of a right of non-ethnic communities affected by development projects to participate in the Colombian legal system. It identifies the main normative sources in a hierarchical consideration, such that the rules that delineate the anatomy of the right and its consequent application are extracted from jurisprudential precedent and legal and regulatory provisions.

**Key words:** Right to participation, environmental rights, non-ethnic communities.

## Introducción

En el ordenamiento jurídico colombiano, por un expreso mandato constitucional del artículo 79, el medio ambiente y la participación van de la mano. Son términos hermanados. Al punto que, en la doctrina y jurisprudencia nacional, gran parte del estudio del derecho ambiental se dedica al derecho a la participación en sus diversas manifestaciones. Así, la participación comunitaria en las decisiones ambientales tuvo un fuerte desarrollo y se robusteció teóricamente en el tratamiento de los casos que tenían que ver con las comunidades étnicas o raizales, para las cuales se entiende que ese derecho tiene el rango de fundamental, materializado en la consideración de lo que hoy día se conoce como el derecho a la consulta previa.<sup>1</sup>

Sin embargo, un tema mucho menos explorado, y sobre el que existe en la actualidad mucho menos consenso, es el relacionado con la participación en materia ambiental para otras clases de comunidades que guardan una cohesión social distinta a la etnicidad, o los asuntos raizales o tribales.<sup>2</sup> Es el caso, por ejemplo, de las

---

<sup>1</sup> Yulieth Teresa Hillón, “La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”, *Revista de Derecho*, núm. 41, 2014; Jimena Sierra, “La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos. El caso de la consulta previa en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 39, 2017.

<sup>2</sup> Josefina Méndez y Danelia Cutié, “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 94-115.

comunidades campesinas o de todas aquellas que derivan su sustento de actividades alrededor de los ríos, fuentes hídricas y otras zonas aledañas susceptibles de intervención por proyectos de desarrollo. Es indudable que esta clase de comunidades manejan sus propios rasgos sociológicos y culturales,<sup>3</sup> como también lo es que, no obstante, resulta forzado asimilarlos de entrada a los derechos de consulta previa similares a los que ostentan los pueblos indígenas, por ejemplo. Hay entonces una necesidad de protección especial de su derecho a la participación ante asuntos que atañen a sus derechos medioambientales, sin que ese ejercicio de protección termine en una analogía fuera de lugar.

Ante esa necesidad, pero a su vez ante la falta de idoneidad del recurso de la consulta previa de comunidades étnicas, como un medio para ser extrapolado y asimilado a su caso, viene abriéndose camino una cierta tendencia a considerar la situación de esta clase de comunidades. Ello, respecto a los proyectos por emprenderse en su territorio y al estatus que debe tener su derecho a la participación, al igual que a cómo ha de entenderse el mandato constitucional que conjuga participación y medio ambiente, en casos en concretos.

Este artículo trata de hacer un acercamiento preliminar a las principales decisiones en la materia, y revisar si se está o no ante un proceso de estructuración del derecho a la participación en materia ambiental para comunidades no étnicas, como mandato autónomo. Para ello, este estudio se apoya, no solo en la evolución jurisprudencial, sino, a su vez, en un ejercicio analítico con las categorías y las herramientas propias del ordenamiento jurídico colombiano.

## **1. El derecho a la participación en el canon constitucional positivo**

En tanto Colombia se organiza como un Estado democrático y constitucional, la Constitución Política se erige como norma fundamental dentro del sistema jurídico colombiano. En este sentido, tal y como lo dispone el artículo 4° de la carta vigente, la Constitución es la “norma de normas”, y por tanto, es la fuente principal y suprema de validez del sistema jurídico colombiano. En este orden de ideas, para comenzar la indagación por la pregunta de si existe un derecho en el sistema jurídico colombiano a la participación de los miembros de las comunidades no étnicas que serán afectadas por un proyecto de desarrollo, se hace necesario consultar lo dispuesto sobre el particular por la misma Constitución.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el canon constitucional colombiano se compone, por un lado, del articulado

---

<sup>3</sup> Fernando Landini, “Racionalidad económica campesina”, *Mundo Agrario*, vol. 12, núm. 23, 2011; David Ibarra y Alicia Acosta, “El dilema campesino”, *Investigación económica*, vol. LXII, núm. 245, julio-septiembre, 2003, pp. 151-220; Carmen Rivera, “La insistente práctica campesina”, *El Hombre y la Máquina*, núm. 33, julio-diciembre, 2009, pp. 22-33; Hillón, *op. cit.*

consignado en el texto constitucional, y, por otro, de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Así las cosas, en este primer apartado se hará referencia a las normas que en el articulado positivo de la Constitución guardan relación con el interrogante mencionado.

Para comenzar con este ejercicio es necesario afirmar que no existe en las disposiciones constitucionales una norma que explícitamente consagre la existencia de un derecho de participación tan preciso como por el que se indaga, lo cual se debe en gran parte a la técnica normativa propia de las constituciones contemporáneas. En ellas, antes que la existencia de reglas constitucionales precisas que sean de cumplimiento absoluto, las constituciones de la segunda mitad del siglo XX se caracterizan por recurrir a la consagración de principios constitucionales. Estas normas se caracterizan por su grado de generalidad, abstracción y “textura abierta”, y, por tanto, su cumplimiento es gradual. En este sentido, Robert Alexy ha definido a los principios como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado”.<sup>4</sup>

Una vez establecido el punto de partida, se encuentran una serie de principios constitucionales que guardan una estrecha relación con el derecho a la participación de los miembros de comunidades afectadas por la implementación de un proyecto de desarrollo. En este sentido, resulta importante destacar que desde el mismo preámbulo del texto constitucional se señala como uno de los fines de la organización política el disponer de un “marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

Precisando lo anterior, el artículo segundo del texto constitucional incluye dentro de los fines esenciales del Estado el “de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Posterior a ello, el artículo 40 constitucional aborda el catálogo de los derechos políticos y al hacerlo señala expresamente que “todo ciudadano tiene el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”, y a continuación señala que para hacer efectivo este derecho todo ciudadano podrá: “2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.” Luego de esta disposición, encontramos el artículo 79 que será central en el asunto de que se analiza, en tanto dispone que

todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente,

---

<sup>4</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 63.

conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

En el mismo sentido, el artículo 103 constitucional, además de establecer los mecanismos de participación ciudadana, sostiene:

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Luego, el artículo 334 Superior, al referirse a la labor del Estado en la dirección general de la economía señala que la intervención estatal tendrá como uno de sus fines “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. En relación con este artículo, la Corte Constitucional ha señalado, en la Sentencia T-294/2014, que en una interpretación sistemática de lo allí dispuesto, con los principios de solidaridad (art. 1 CP), igualdad (art. 13 CP), responsabilidad patrimonial por daño antijurídico (art. 90 CP), y de manera específica, en los mandatos de reparación del daño ambiental (art. 80 CP), puede identificarse el deber constitucional de ofrecer una efectiva retribución y compensación por los daños ambientales que se derivan de una actividad lícita. Dicha retribución está orientada al logro del interés general, a un reparto igualmente equitativo de las cargas contaminantes y un mandato de especial protección para los grupos sociales discriminados o marginados.

Con las disposiciones constitucionales señaladas puede colegirse que si bien no existe una norma constitucional expresa y particular que consagre el derecho a la participación de las comunidades afectadas por la implementación de un proyecto de desarrollo, sí existe en la Constitución una serie de principios constitucionales que hacen referencia a un derecho genérico a la participación efectiva de las personas en las decisiones que las afecten. Así, este derecho constitucional, según se desprende de la argumentación señalada, no solo se agota en su dimensión política, sino que incluye otras esferas de participación como en el ámbito social, ambiental y cultural. En este sentido, para comprender mejor los alcances de dicho derecho, y si en su contenido se incluye el de los miembros de las comunidades en las condiciones ya señaladas, se deberá proceder a abordar lo que al respecto disponen las normas que de igual forma hacen parte del canon constitucional a partir del denominado bloque de constitucionalidad.

## 2. El derecho a la participación en el bloque de constitucionalidad

En concordancia con lo señalado en el anterior apartado, es importante resaltar que la Constitución no está compuesta exclusivamente por su articulado positivo, sino que deben considerarse los dispositivos amplificadores que la misma ha previsto, a saber: el bloque de constitucionalidad y la Cláusula Mártens o cláusula de derechos innominados.<sup>5</sup> Por tanto, si se quiere responder a la cuestión de si existe un derecho constitucional a la participación de los miembros de comunidades locales que no se reconocen o no son reconocidas como pertenecientes a algún grupo étnico, pero serán, son o fueron afectadas por la implementación de un proyecto de desarrollo, debe acudir a este otro componente del canon constitucional.

Adicional a ello, es también cardinal recordar, como se hizo anteriormente, que contrario a lo que ocurre con las normas de jerarquía legal, las respuestas que puede ofrecer el ordenamiento jurídico en el nivel constitucional no son respuestas de sí o no, de blanco o negro, y que, por tanto, el canon constitucional es flexible y cambiante; la anterior característica se debe a que la mayoría de normas que componen dicho nivel son principios y no reglas, por lo que están abiertas a múltiples interpretaciones.<sup>6</sup> Dicha condición puede verse de dos maneras: como un obstáculo a la seguridad jurídica o como la posibilidad que tiene el ordenamiento jurídico de adaptarse a las condiciones de la realidad que pretende regular. Estas posibilidades no son dicotómicas y, por tanto, es posible encontrar en ese carácter flexible y cambiante la oportunidad de realizar interpretaciones pertinentes de la Constitución que ayuden a darle sentido y a hacer funcional, a la luz de los derechos y los principios, el resto de normas del ordenamiento jurídico. En últimas, no se trata de afirmar que el canon constitucional puede decir cualquier cosa o que puede ser modificado radicalmente, pues en este nivel la seguridad jurídica consiste en garantizar que las interpretaciones que se hagan garanticen en mayor y mejor medida los derechos de las personas y ayuden a cumplir las finalidades del Estado.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, Bogotá, Dejusticia, 2005. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>; Hernán Alejandro Olano, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 231-242; Vanessa Suelt-Cock, “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derecho en Colombia”, *Vniversitas*, núm. 133, 2016; Irvin Uriel López, “Significación del bloque de constitucionalidad en la temática de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano”, *Letras Jurídicas*, núm. 31, 2015.

<sup>6</sup> Alexy, *op. cit.*

<sup>7</sup> Uprimny, *op. cit.*

Ahora bien, los dispositivos amplificadores de la Constitución que fueron mencionados con anterioridad han sido definidos por la jurisprudencia constitucional como “aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integradas a la Constitución por diferentes vías y por mandato de la misma Constitución”.<sup>8</sup> Específicamente para el tema que nos convoca, las vías por las cuales la Constitución ha integrado otras disposiciones normativas son los artículos 93, 94 y 226 Superiores.

El artículo 93 se refiere al bloque de constitucionalidad, el artículo 94 habla de la cláusula de derechos innominados, y el artículo 226 es la norma mediante la cual se han venido incorporando al sistema jurídico colombiano la serie de compromisos internacionales, ya sea en sentido de obligaciones jurídicas o de declaraciones que ha venido adquiriendo el país, para el tema que nos interesa, la protección ecológica y del medio ambiente. Es importante precisar, de la misma manera, que la Corte Constitucional ha venido señalando que existen a su vez dos acepciones de bloque de constitucionalidad, en sentido estricto y en sentido lato: la primera hace referencia al conjunto “de normas y principios que, aun cuando no aparecen en el texto constitucional, se entienden integrados a la Constitución y formalmente hacen parte de ella”;<sup>9</sup> la segunda, a todas aquellas normas que sin tener la jerarquía constitucional, sirven como parámetro de constitucionalidad o tienen especial relevancia constitucional para casos concretos.<sup>10</sup> Así también, la cláusula de derechos innominados y el mandato de internacionalización del artículo 226 ha servido para que en casos concretos se integren al análisis disposiciones normativas que permitan una interpretación más completa y sistemática del ordenamiento jurídico.<sup>11</sup>

Tal y como se expresó en el acápite anterior, dada la dificultad para configurar el derecho a la participación en el contexto de proyectos de desarrollo únicamente con las disposiciones del articulado constitucional, es posible vincular al análisis algunas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.<sup>12</sup>

La Declaración Universal de 1948, que en su artículo 21 dispone que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes directamente elegidos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado e incorporado por la Ley 74 de 1968, que señala en su artículo 25 que todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, del derecho a participar en la dirección

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-018 de 21 de enero de 2015.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 30 de marzo de 2009; ver Suelt-Cock, *op. cit.*, p. 370.

<sup>11</sup> Alejandro Gómez, “The ‘constitutionalization’ process of the international environmental law in Colombia”, *Revista de Derecho*, núm. 45, 2016.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-135 de 13 de marzo de 2013.

de los asuntos públicos, de manera directa o por representantes libremente elegidos, a votar y ser elegido en elecciones públicas, y a tener acceso a las funciones públicas; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada e incorporada por la Ley 16 de 1972, consagra en los artículos 13, 20, 21 y 22 los derechos a ser parte de las decisiones de quienes gobiernan, el derecho a reunirse y asociarse, y a presentar peticiones respetuosas; el artículo 6° de la Carta Democrática reconoce la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 23, reconoce varios derechos políticos entre los cuales se encuentra el derecho de todo ciudadano a participar en los asuntos públicos; los artículos 3 y 11 del Protocolo de San Salvador; los artículos 3 y 4 de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; los artículos 14.1 a) del Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; y, por último, la Observación General No. 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se refiere al derecho a una vivienda adecuada, y el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto respecto a los desalojos forzados.

Por otro lado, también es importante advertir que, en términos de derecho internacional, los casos relacionados con la participación y afectación de comunidades a propósito de la construcción de proyectos de desarrollo han empezado a llegar a los sistemas de protección internacional previstos para el efecto; en dichos casos, una comunidad o una persona denuncia a un Estado por la presunta vulneración de derechos en dichos contextos. Hasta ahora, los casos que han llegado a dichas instancias no son muy numerosos, pero es importante resaltar que las decisiones que allí se tomen hacen también parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, por ejemplo, en el caso del sistema interamericano de protección, pues se trata de la aplicación e interpretación de los tratados que ya fueron mencionados. De la misma manera, debe tenerse en cuenta que dada la existencia y aplicación del bloque de constitucionalidad, en caso de presentarse conflictos o vulneración de derechos, en los términos en los que los mismos tratados disponen, los presuntos afectados pueden recurrir a las instancias internacionales, las cuales serán, entonces, espacios adicionales de discusión e interpretación de los principios y valores en los que están contenidos los derechos de las personas, entre ellos el derecho a la participación, que aquí se intenta estructurar.

No obstante lo anterior, de la búsqueda realizada se desprende que hasta ahora en las decisiones de los sistemas internacionales de protección no se ha abordado el tema del derecho a la participación de comunidades no étnicas afectadas por proyectos de desarrollo, pues los casos que han llegado a estas instancias son precisamente relacionados con pueblos indígenas, y los efectos que la construcción o entrada en operación de los proyectos han tenido sobre las mismas y su relación con el territorio.<sup>13</sup> Se reitera entonces que el análisis del bloque de constitucionalidad pasa

---

<sup>13</sup> Hillón, *op. cit.*, p. 56.

por este tipo de decisiones, y que es probable que en un futuro próximo, en dichas instancias se empiecen a crear reglas de interpretación al respecto; de hecho, el 10 de diciembre de 2013, la Asociación de Afectados por el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo (Asoquimbo) y el Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna, presentaron ante el sistema interamericano de derechos humanos una solicitud de medidas cautelares para proteger los derechos humanos a la vida e integridad de la población afectada por este proyecto situado en el departamento del Huila, sobre el cauce del río Magdalena.

Como se anticipó, si se analizan las anteriores normas del bloque de constitucionalidad, puede evidenciarse que se refieren a la participación política, es decir, a los mecanismos de participación democrática directa e indirecta como el voto, los referendos y las consultas populares; sin embargo, en el caso de los actores afectados por proyectos de desarrollo, la Corte ha tomado distancia explícita de dichos mecanismos formales o electorales de participación, y de la participación de los grupos étnicos, es decir, del derecho fundamental a la consulta previa que se ha incorporado a través del Convenio 169 de la OIT, norma que forma parte también del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.<sup>14</sup> Al tomar distancia de estas dos posibles aproximaciones, es como ha venido apareciendo la necesidad de configurar las dimensiones del derecho de participación de los grupos no étnicos afectados por dichos proyectos, tal y como quedó establecido en la Sentencia T-348/2012; de acuerdo con lo anterior, parece claro en este nivel, que dicho derecho desborda o es algo más que los tradicionales derechos políticos a los que se refieren los instrumentos de derecho internacional mencionados.

Así pues, en el caso particular que nos interesa, dado que en la acepción estricta de bloque no se encuentran disposiciones contundentes que permitan dotar de contenido el ya aludido derecho de participación, la Corte Constitucional ha considerado necesario recurrir a otras fuentes normativas. Así, para entender cómo están conformadas las poblaciones afectadas, cuáles son sus pretensiones, sus afectaciones e intereses, en los últimos años, y a partir de la Sentencia T-135/2013, la Corte se ha visto en la necesidad de acudir a la noción del bloque de constitucionalidad en sentido lato para integrar al análisis declaraciones y documentos que sirven como parámetro y que tienen especial relevancia constitucional. Ello, en la medida en la que estas nuevas fuentes brindan criterios y pautas que permiten responder a las mencionadas preguntas y alcanzar una mejor comprensión acerca de los impactos sociales y ambientales que generan los proyectos sobre las comunidades.

Es preciso aclarar que, dado que dichas declaraciones hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, estas no tienen valor normativo vinculante y, por sí mismas, resultan insuficientes para fundamentar una decisión judicial o administrativa. Así, pues, su utilidad es estrictamente interpretativa y, de hecho, en términos de la Corte Constitucional, “constituyen una declaración de principios y el

---

<sup>14</sup> Suelt-Cock, *op. cit.*, p. 340.



testimonio de primera mano que se origina en el reclamo de los directamente afectados con la ejecución de proyectos”.<sup>15</sup> Por tanto, es necesario advertir que estas fuentes resultan de utilidad solo en tanto que ayudan a comprender las razones por las cuales hay que reconocer el derecho de participación de las comunidades afectadas.

### **3. La línea jurisprudencial sobre el derecho a la participación en proyectos de desarrollo**

Una vez analizado el canon constitucional en sus dos componentes, corresponde referirnos a la jurisprudencia constitucional para continuar con la identificación del derecho a la participación en las condiciones ya mencionadas. Así, conviene advertir que las ocasiones en las que la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse a dicho tema para precisar el contenido general de los principios enunciados en los acápites anteriores, ha sido en las sentencias de tutela, providencias en las que se analiza un caso concreto a la luz del texto constitucional. Ahora bien, si bien los efectos de dichas sentencias son *inter partes*, es decir, vinculantes en principio solo para las partes del litigio, se ha sostenido por la misma Corte que las razones de la decisión allí adoptada, en tanto hacen una interpretación del orden jurídico, deberán ser consideradas como precedente jurisprudencial.

Una vez definidas las razones de la decisión de un fallo de tutela, podrá proceder a formularse este razonamiento en forma de regla abstracta, es decir, de un supuesto fáctico y de una consecuencia jurídica. Este ejercicio, al que la doctrina especializada y la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional han denominado como la “formulación de reglas jurisprudenciales”,<sup>16</sup> consistirá entonces en abstraer de lo decidido en fallos de tutela que sirven como precedente, las reglas jurídicas que deberán ser tenidas en cuenta como fuentes primarias para la solución de un caso, ya sea por una autoridad judicial, administrativa o por cualquier particular.

En este orden de ideas, lo que corresponderá a continuación será identificar las reglas jurisprudenciales que ha creado la Corte Constitucional en los fallos de tutela relativos a la existencia o no de un derecho constitucional a la participación de los miembros de las comunidades locales que no disponen de un componente étnico pero que igualmente serán, son o fueron afectados por el desarrollo de un proyecto de gran escala.

Para la identificación de estas reglas jurisprudenciales es necesario entender el carácter dinámico de la jurisprudencia de un tribunal constitucional como el colombiano. Esta característica se debe a la propia naturaleza y particularidades de la función jurisdiccional de una alta Corte, e implica entender que, contrario a las fuentes del derecho legislado, la jurisprudencia es cambiante, intermitente,

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-135 de 13 de marzo de 2013.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-772 de 8 de septiembre de 2006.

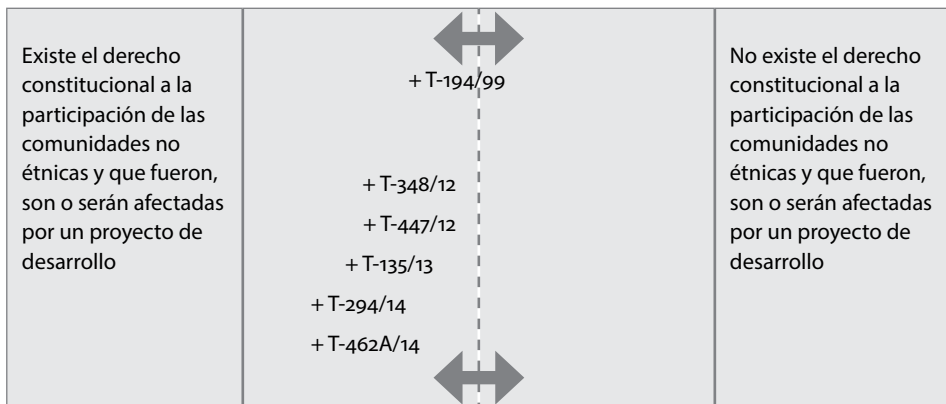
abundante o escasa, e incluso puede llegar a ser contradictoria y compleja en su interpretación; por estas características inherentes a la jurisprudencia, la doctrina especializada ha desarrollado herramientas metodológicas para el abordaje técnico de la jurisprudencia.

Para la elaboración de líneas jurisprudenciales, lo primero que debe establecerse es la identificación y selección de las sentencias que cumplan con los requisitos de precedentes judiciales y que se refieran a supuestos de hecho análogos a los que pretenden analizarse.<sup>17</sup> Para los efectos que interesan al presente estudio, se deberá proceder a identificar y seleccionar casos fallados por la Corte Constitucional, en sede de revisión de acciones de tutela, donde los supuestos de hecho que hayan dado origen al caso fallado guarden una relación directa con la pregunta de si existe un derecho constitucional a la participación de los miembros de las comunidades locales que no se reconocen o no han sido reconocidas como pertenecientes a algún grupo étnico o tribal, pero que fueron, son o serán afectadas por la implementación de un proyecto de desarrollo.

Valga destacar en este punto cómo, del rastreo inicialmente realizado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, llama la atención el hecho de que el número de casos referentes a la temática aludida, pero que incluyen el componente étnico o tribal, es bastante significativo por su cantidad. Sin embargo, tal y como se expuso, estos casos exceden los alcances del presente artículo ya que, por disponer de un canon constitucional diferente, hacen que la manera en la que se ha

### Figura 1. Línea jurisprudencial

¿Existe un derecho constitucional a la participación de las comunidades locales que no se reconocen o no son reconocidas como pertenecientes a algún grupo étnico pero serán, son o fueron afectadas por el desarrollo de un megaproyecto?



Fuente: elaboración propia.

<sup>17</sup> Diego Eduardo López, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, p. 42.

abordado el asunto haya sido significativamente diferente, tanto desde la normatividad vigente para el tema, como desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el particular.

A raíz de esta importante advertencia metodológica se identifican en la jurisprudencia de la Corte Constitucional seis casos donde el alto tribunal, en sede de tutela, ha revisado sentencias donde se han analizado supuestos de hecho que se refieren directamente a la existencia del derecho de participación en las circunstancias antes advertidas (figura 1).

Una vez identificadas, seleccionadas y ubicadas las sentencias referentes al tema, se pasará a su análisis más detallado. Para ello, se reseñarán brevemente: i) los hechos que subyacen al caso, ii) las consideraciones pertinentes realizadas en el fallo, iii) la decisión adoptada por la Corte Constitucional, y iv) la formulación de la o las reglas jurisprudenciales que puedan extraerse de cada sentencia. Valga advertir en este punto, que los mencionados criterios serán los relacionados únicamente con el asunto que interesa a los propósitos de este artículo, y no a los demás derechos o asuntos a los que se hace referencia en las sentencias.

### 3.1. Sentencia T-194/1999<sup>18</sup>

Hechos: en esta sentencia se conoció la acción de tutela presentada por una comunidad de pescadores y campesinos agrupados en la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lorica (Asprocig), quienes reclamaban estar afectados como consecuencia de la disminución de los recursos ícticos del río Sinú debido a la construcción de la hidroeléctrica Urrá I y a la desecación de cuerpos de agua para ampliar el espacio de tierra cultivable. Entre los derechos que se consideraban afectados, además del derecho al medio ambiente sano, se afirmó vulnerado el derecho a la participación.

Decisión: la Corte decidió tutelar, entre otros, el derecho a la participación de los ciudadanos afectados por el proyecto hidroeléctrico.

Reglas jurisprudenciales: a partir de lo considerado, y de la decisión adoptada en la sentencia, pueden abstraerse las siguientes reglas jurisprudenciales:

- Regla 1. En los proyectos de desarrollo existe el derecho fundamental a la participación efectiva de las poblaciones afectadas en la prevención y mitigación de impactos causados por estos.
- Regla 2. El derecho fundamental a la participación efectiva de las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo girará en torno a la responsabilidad que estas poblaciones asuman en la protección y conservación de la diversidad e integridad del ambiente después de haber sido intervenido en tanto medio que habitan y laboran.

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-194 de 25 de noviembre de 1999.

- Regla 3. El derecho fundamental a la participación efectiva de las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo se vulnera cuando se incumplen los compromisos suscritos entre las autoridades correspondientes y las comunidades afectadas por los proyectos de desarrollo. En estos casos procederá la acción de tutela.

### 3.2. Sentencia T-348/2012<sup>19</sup>

Hechos: en esta sentencia se revisó la acción de tutela interpuesta por los miembros de una asociación de pescadores de Cartagena que afirmaban estar afectados por la construcción de una vía pública que les privaba del acceso a la playa en la que ejercían su actividad económica. Debido a esta situación, los accionantes invocaron como vulnerados el derecho a la participación, además al trabajo, a la alimentación, entre otros.

Decisión: la Corte tuteló el derecho fundamental a la participación.

Reglas jurisprudenciales: a partir de lo decidido y de la *ratio decidendi* expuesta en la sentencia, pueden abstraerse las siguientes reglas jurisprudenciales:

- Regla 4. El derecho fundamental a la participación de las comunidades se deriva del hecho de que su subsistencia dependa del recurso natural que se pretende intervenir por un proyecto de desarrollo, y no por el componente étnico o tribal de las mismas.
- Regla 5. El derecho fundamental a la participación tiene una función instrumental frente a la debida realización de estudios de diagnóstico que incluyan los “impactos comprensivos” de los proyectos de desarrollo por realizarse. En ese sentido, la participación de la comunidad afectada implica la existencia de espacios de participación, información y concertación oportunos con el fin de establecer medidas de compensación y corrección de los efectos que el desarrollo del proyecto suponga.
- Regla 6. El derecho fundamental a la participación de las comunidades afectadas por un proyecto de desarrollo se vulnera cuando: i) el método o mecanismo utilizado para realizar el censo de personas afectadas en el área de influencia del megaproyecto no fue idóneo; ii) no se realizaron convocatorias abiertas y públicas dirigidas concretamente a la comunidad afectada, para que asistieran a las reuniones de socialización, información y concertación del proyecto; iii) los espacios previstos para la realización del derecho consisten únicamente en encuentros informativos, de socialización y no de concertación con estas comunidades.

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-348 de 15 de mayo de 2012.

### 3.3. Sentencia T-447/2012<sup>20</sup>

Hechos: en la sentencia se resolvió la tutela interpuesta por un minero tradicional que ejercía su actividad en el área de influencia del proyecto denominado Hidroituango, quien reclamaba el pago de la compensación mensual a la que afirmaba tener derecho por haber sido inscrito en el censo de afectados, y la cual le fue negada por la entidad responsable del proyecto, argumentando que se encontraba en un proceso de empalme y verificación del censo.

Decisión: a partir de lo considerado en la sentencia procede la Corte a confirmar la sentencia de instancia que negó, por improcedente, la acción constitucional promovida por el accionante contra la Hidroeléctrica Ituango y Empresas Públicas de Medellín.

Regla jurisprudencia: de la decisión adoptada por la Corte y las razones que condujeron a esta puede abstraerse la siguiente regla:

- Regla 7. La acción de tutela no procede para obtener el pago efectivo de las compensaciones que se derivan de la condición de persona afectada por el proyecto de desarrollo. Para esto último deberá acudir a los mecanismos ordinarios o a las demás acciones constitucionales previstas para el efecto, salvo que la subsistencia o el mínimo vital del accionante puedan estar comprometidos de un modo inminente.

### 3.4. Sentencia T-135/2013<sup>21</sup>

Hechos: en esta sentencia se revisaron varias acciones de tutela presentadas por pescadores, paleros y constructores en el área donde se construye la hidroeléctrica El Quimbo. Afirmaban los accionantes que, a raíz de la construcción del proyecto, se han visto privados de su medio de subsistencia y que la entidad responsable del proyecto no los había incluido dentro del censo de afectados, argumentando que los accionantes presentaron su solicitud por fuera del periodo en el que se llevó a cabo dicho censo y sus resultados fueron protocolizados. En este orden de ideas, afirmaban los accionantes que se les habían vulnerado sus derechos al mínimo vital, vida digna, trabajo y participación.

Decisión: a partir de las consideraciones anteriores, procede la Corte a revocar los fallos de instancia y, en su lugar, concede la tutela de los derechos invocados, ordenándole a la empresa responsable del proyecto que ingrese a los accionados al censo de personas afectadas, y, por ende, sean titulares de los beneficios establecidos en la Licencia Ambiental para esa población.

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-447 de 20 de junio de 2012.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-135 de 13 de marzo de 2013.

Reglas jurisprudenciales: a partir de lo decidido por la Corte, y las razones que le sirvieron para justificarlo, se pueden abstraer las siguientes reglas jurisprudenciales:

- Regla 8. En tanto los impactos que generan los proyectos de desarrollo son dinámicos, el derecho fundamental a la participación de las comunidades igualmente lo será. En este sentido, las personas y comunidades afectadas por la ejecución de proyectos de desarrollo tienen derecho a que su condición sea reconocida en el momento en que se manifieste el impacto correspondiente y a obtener una adecuada compensación por los daños. Por tanto, la participación en el proceso de elaboración de los censos de afectados deberá ser a lo largo de toda la realización del proyecto.
- Regla 9. El derecho a la participación efectiva de la comunidad afectada por el desarrollo de un megaproyecto es la garantía para la protección de sus derechos en razón del estado de indefensión en que se encuentra en relación con la entidad ejecutora del proyecto.
- Regla 10. La acción de tutela procede para lograr el reconocimiento de la condición de afectado y ser incluido en los censos correspondientes. Para ello debe tenerse en cuenta que, en virtud del principio de buena fe, deben darse como ciertos los hechos aducidos por quien se considera afectado por el proyecto. En caso que se actúe en el sentido contrario al enunciado se vulnerará el derecho fundamental a la participación.

### 3.5. Sentencia T-294/2014<sup>22</sup>

Hechos: en esta sentencia se revisa la acción de tutela interpuesta por varios habitantes del municipio de Ciénaga de Oro, quienes consideran violados sus derechos al medio ambiente sano, participación y consulta previa, entre otros, por la construcción de un relleno sanitario en cercanías a su lugar de vivienda.

Decisión: a partir de los considerandos, la Corte procede a conceder el amparo solicitado, incluyendo la tutela del derecho a la participación de la comunidad afectada.

Reglas jurisprudenciales: a partir de lo decidido por la Corte, y de las razones que justifican dichas decisiones, pueden abstraerse las siguientes reglas jurisprudenciales:

- Regla 11. El derecho fundamental a la participación efectiva de las comunidades afectadas por un proyecto de desarrollo comprenderá dos dimensiones: i) la evaluación de impactos, sociales, culturales y económicos; y ii) el diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes.
- Regla 12. El derecho a la participación efectiva de las comunidades impactadas por un proyecto de desarrollo debe materializarse a través de espacios

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-294 de 22 de mayo de 2014.

de carácter deliberativo y decisorio, y, por tanto, dichas deliberaciones deben respetar el principio de buena fe y estar orientadas a lograr acuerdos que plasmen una adecuada ponderación de los derechos cuya efectividad está en juego, procurando evitar posturas adversariales y de confrontación que bloqueen la toma de una decisión definitiva.

- Regla 13. El derecho a la participación efectiva no se agota en el desarrollo de la audiencia pública ambiental.
- Regla 14. Se vulnera el derecho a la participación efectiva de las comunidades impactadas por un proyecto de desarrollo cuando: i) en los estudios de impacto ambiental no se efectuó por parte de la empresa contratista, ni fue requerida por la autoridad ambiental, una caracterización siquiera sumaria de las personas y comunidades asentadas en el entorno del proyecto y potencialmente afectadas por el mismo; y ii) la omisión de abrir espacios de participación que permitieran a la población asentada en la zona de influencia del proyecto intervenir de manera efectiva y significativa en la evaluación de sus impactos y en el diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación.

### 3.6. Sentencia T-462A/2014<sup>23</sup>

Hechos: en esta sentencia se revisó la acción de tutela interpuesta por dos gobernadores indígenas quienes consideraron vulnerados sus derechos, incluido el de la consulta previa y la participación, por los impactos generados por el funcionamiento de la hidroeléctrica Salvajina.

Decisión: a partir de las pruebas recabadas y las consideraciones expuesta por la Corte, esta decide tutelar, entre otros, el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas afectadas por el funcionamiento del embalse.

Reglas jurisprudenciales: a partir de los considerandos y lo decidido por la Corte puede abstraerse, para el asunto en cuestión, la siguiente regla jurisprudencial:

- Regla 15. El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa pero que serán afectadas por el diseño, la ejecución u operación de proyectos debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste la opinión de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes y que garanticen sus derechos.

De acuerdo con la línea de argumentación, y con los planteamientos hechos en la primera parte de este artículo, una vez identificado el derecho a la participación en la jurisprudencia constitucional, como interpretación y concreción de los principios consagrados en las normas de la Constitución y de sus dispositivos amplificadores,

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-462A de 8 de julio de 2014.

**Tabla 1. Anatomía del derecho a la participación en el desarrollo de megaproyectos**

<p><b>CONTENIDO PRESTACIONAL DEL DERECHO</b> Las entidades obligadas a garantizar el derecho deberán tener en cuenta la siguiente dimensión prestacional del mismo:</p>	<p>Debe hacerse una convocatoria y un censo idóneo para la identificación de todas las personas afectadas por el proyecto (regla 6). Dicho censo debe ser dinámico (regla 8).</p> <p>Creación y promoción de espacios de carácter deliberativo y decisorio. Estas deliberaciones deben respetar el principio de buena fe y estar orientadas a lograr acuerdos que plasmen una adecuada ponderación de los derechos cuya efectividad está en juego, procurando evitar posturas adversariales y de confrontación que bloqueen la toma de una decisión definitiva (regla 12).</p> <p>Existencia de espacios de participación, información y concertación oportunos con el fin de establecer medidas de compensación y corrección de los efectos que el desarrollo del proyecto supone (regla 5).</p> <p>Los espacios de participación, información y concertación deberán tener lugar a lo largo de las etapas de diseño, construcción y operación del proyecto (regla 8).</p> <p>El derecho a la participación efectiva no se agota en el desarrollo de la audiencia pública ambiental (regla 13).</p>
<p><b>CONTENIDO DEL DERECHO</b> A partir de las reglas jurisprudenciales el derecho identificado puede definirse en los siguientes términos:</p>	<p>Los miembros de las comunidades que son o serán afectadas por el diseño, la construcción o la operación de un proyecto de desarrollo tienen derecho a la participación efectiva en la prevención y mitigación de los efectos adversos que puedan generarse (regla 1). Dicha participación deberá darse durante todas las etapas del desarrollo y la operación del proyecto (regla 8) y será independiente del componente étnico o tribal de sus titulares (regla 15).</p>
<p><b>FUNDAMENTO DEL DERECHO</b></p>	<p>El derecho a la participación efectiva de los miembros de la comunidad afectada por el desarrollo de un megaproyecto es la garantía para la protección de sus derechos en razón del estado de indefensión en que estos se encuentran en relación con la entidad responsable del proyecto (regla 9).</p>
<p><b>ESTRUCTURA DEL DERECHO</b></p>	<p>a) Sujeto activo: los individuos pertenecientes a la comunidad de personas que serán impactadas o afectadas por el diseño, la construcción y operación de un proyecto de desarrollo, v. gr., cuando derivan su subsistencia del recurso natural que pretende ser o sea intervenido por el proyecto, independiente del componente étnico o tribal de los mismos (regla 4).</p> <p>b) Sujeto pasivo: las autoridades o particulares responsables del diseño, la implementación y operación del proyecto de desarrollo (regla 4).</p>
<p><b>ALCANCES DEL DERECHO</b> El derecho a la participación incluirá las siguientes dimensiones:</p>	<p>a) La evaluación de impactos, sociales, culturales y económicos (regla 11).</p> <p>b) El diseño de medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes (regla 11).</p> <p>c) La responsabilidad que estas poblaciones asuman en la protección y conservación de la diversidad e integridad del ambiente después de haber sido intervenido en tanto medio que habitan y laboran (regla 2).</p> <p>d) El mejoramiento del nivel de vida de estas comunidades (regla 2).</p> <p>e) La debida realización de estudios de diagnóstico que incluyan los “impactos comprensivos” de los proyectos de desarrollo por realizarse (regla 5).</p>

Fuente: elaboración propia.



puede concluirse que existe un conjunto normativo claro y lineal que dispone que los impactos sociales y económicos nocivos que sufra una comunidad con un proyecto –indistintamente de si se trata de una comunidad étnica, raizal, o cualquier otra– se entienden comprendidos dentro del tratamiento de los impactos ambientales por ser considerados. De manera pues que la forma de enfrentar esos impactos socioeconómicos es a través de la formulación de evaluaciones en donde tenga cabida la participación de la comunidad, previa al licenciamiento ambiental, pero también posterior a él, por la vía de la formulación conjunta y el monitoreo de las medidas de compensación con las que se compromete el ejecutante de la actividad.

En el anterior sentido, si se quiere alcanzar una comprensión de la relación entre el derecho a la participación de la comunidad no étnica o raizal en materia medio ambiental, y los instrumentos de licenciamiento ambiental existentes en nuestro ordenamiento jurídico, como primera medida, dado que ya se ha enunciado la existencia de tal derecho a la participación, lo correcto sería intentar una delimitación del mismo. Así, con el ánimo de sistematizar lo dispuesto por las reglas jurisprudenciales identificadas, y de acuerdo con la interpretación del canon constitucional al respecto, pueden sintetizarse los siguientes puntos sobre la anatomía del derecho constitucional fundamental a la participación efectiva de los miembros de las comunidades locales no étnicas afectadas por un proyecto de desarrollo.

#### **4. Fuentes legales del derecho a la participación en proyectos de desarrollo**

La existencia del derecho a la participación para comunidades no étnicas puede también concluirse al abordar un análisis ordenado de las disposiciones legales vigentes en la materia. Dicho análisis arroja una interpretación consecuente y que tiene su punto de partida en la noción de medio ambiente de la que parte nuestro ordenamiento jurídico, y en la delimitación del concepto de daño ambiental. Ambos conceptos, a la luz del marco legal vigente, comprenden las alteraciones sociales y económicas de las comunidades afectadas con una actividad o proyecto.

Para empezar, es preciso advertir que la noción de medio ambiente en la Constitución Política es heterogénea y, por ello, deben distinguirse tres dimensiones, a saber: como principio, fundamentado en mandatos de optimización como el del desarrollo sostenible, presente durante todo el texto constitucional y que impone la obligación de ser protegido y armonizado con un modelo de desarrollo que respete los recursos naturales. En segundo lugar, se trata también de un derecho constitucional de cada ciudadano, exigible judicialmente, ya sea de manera particular –como el caso del saneamiento ambiental como servicio público– o como derecho colectivo. En tercer y último lugar, ha dicho la Corte Constitucional que se trata también de un mandato teleológico, un objetivo que se debe imponer dentro del Estado, que se materializa en sus funciones de vigilancia y control.

Ahora bien, en armonía con esa noción heterogénea contenida en el texto constitucional, el artículo 2 de la Ley 23 de 1973 establece que “el medio ambiente es un patrimonio común; por lo tanto, su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública en las que deberán participar el Estado y los particulares”. En consecuencia, el Decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales, a la hora de plantear su objeto, también enuncia ya la participación de la comunidad, y las relaciones sociales que surjan de la explotación ambiental como fenómenos que se deben proteger.

En conclusión, los impactos y daños ambientales no solo se pueden presentar en los elementos físicos y bióticos, sino también en los elementos socioeconómicos y culturales. Así se evidencia en el Decreto 1728 de 2002, en su artículo 1, cuando se ocupa de las definiciones de “entorno” y de “retribuir a las comunidades”, por lo cual se sustrae del mero daño físico al medio ambiente. Igualmente, la Ley 99 de 1993, que crea el Sistema Nacional Ambiental, consagra entre sus principios del artículo 1 que: “el manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo”. De igual manera, la misma norma, en su artículo 57, contempla la necesidad de realizar un “estudio de impacto ambiental” como requisito indispensable para el trámite del licenciamiento ambiental.<sup>24</sup> En cuanto a su objeto, este es ampliado al estudio de factores más allá de los físicos e impone que el mismo también deba contener “información sobre la localización del proyecto, y los elementos abióticos, bióticos, y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad”.

La manera entonces de delimitar esos impactos socioeconómicos que tendrá la comunidad implica ser receptivos y garantizar los espacios para recoger esa información de forma eficaz y verídica.<sup>25</sup> Es ahí donde se resalta la importancia del derecho a la participación, dado que si bien el proceso de licenciamiento se basa en factores científicos y técnicos para los cuales es necesario acudir a expertos, también con este se alude a factores sociales que solo pueden extraerse de la información e interacción que brinden los directamente afectados.

En cuanto a los mecanismos legales para materializar ese derecho a la participación, la normatividad vigente brinda distintas herramientas dependiendo de las calidades de la actividad para generar impactos ambientales, y de si esos mecanismos tienen una naturaleza administrativa, judicial o política. Al respecto, resulta de gran relevancia el estudio elaborado por Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Macías, *op. cit.*

<sup>25</sup> Gloria Amparo Rodríguez, “Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa”, *Opinión Jurídica*, vol. 10, 2011, p. 60.

<sup>26</sup> Gloria Amparo Rodríguez y Lina Marcela Muñoz, *La participación en la gestión ambiental*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

De otro lado, siguiendo con las herramientas para monitorear los acuerdos y la concertación de una licencia ambiental, existe un reciente mecanismo por considerar, cual es el contemplado en la Ley 1757 de 2015, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación ciudadana”, la cual prevé en su título VIII las denominadas “alianzas para la prosperidad”, entre los artículos 105-108. Sobre este mecanismo, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-150/2015 donde declaró su exequibilidad. Por tanto, de lo establecido hasta el momento puede afirmarse, sin lugar a dudas, que las alianzas para la prosperidad se convierten en el mecanismo de participación ciudadana creado expresamente para materializar el derecho a la participación de las comunidades que residen en las áreas de influencia de proyectos de explotación minero-energética. En este sentido, el mecanismo está dirigido a servir de espacio de concertación y seguimiento de los compromisos alcanzados entre los miembros de estas comunidades con las autoridades y la empresa responsable del proyecto. Tal y como lo explicita el parágrafo del artículo 105 de la Ley 1757 de 2015, este mecanismo no sustituye al de consulta previa o demás derechos de participación de las comunidades étnicas, con lo cual se reitera que las alianzas para la prosperidad se dirigen concretamente a la protección del derecho a la participación de los miembros de comunidades no indígenas o tribales frente a los impactos de los proyectos de desarrollo.

A pesar de la novedad y relevancia que tiene el mecanismo de las alianzas para la prosperidad, debe tenerse en cuenta que el mismo remite explícitamente en el artículo 107 de la Ley 1757 de 2015 al procedimiento de licenciamiento ambiental en los términos de lo dispuesto por la Ley 99 de 1993. Por tanto, debe enfatizarse en la importancia de la participación en este procedimiento. Al respecto, valga recordar que el mecanismo por excelencia que se ha plasmado para ello se consagra en los artículos 69 y 70 de la Ley 99 de 1993.

## Conclusiones

De lo expuesto anteriormente es posible concluir que del rastreo hecho en el sistema jurídico colombiano puede identificarse la existencia de un derecho constitucional y fundamental a la participación de los miembros de las comunidades locales que no se reconocen o no son reconocidas como pertenecientes a algún grupo étnico, pero serán, son o fueron afectadas por el desarrollo de un megaproyecto.

Dicho rastreo comenzó con el análisis del canon constitucional positivo vigente, de donde se encontró que, si bien no existe una mención explícita al respecto, sí se hallan principios constitucionales relativos a un derecho genérico a la participación a lo largo del texto constitucional. Por su parte, en el análisis del bloque de constitucionalidad, en su acepción estricta, tampoco se encontraron disposiciones explícitas al respecto. No obstante, en declaraciones que hacen parte de dicho bloque en sentido lato sí pueden evidenciarse algunas claves interpretativas que, a pesar de

no ser fuentes primarias de derecho, tienen especial relevancia constitucional para dotar de contenido dicho derecho en casos particulares.

Posterior a ello se procedió a analizar la jurisprudencia constitucional sobre el tema. Como resultado de dicho análisis puede afirmarse que hay una línea jurisprudencial clara y consistente por parte de la Corte Constitucional en torno a la existencia de un derecho constitucional fundamental a la participación. Esta línea jurisprudencial se compone de seis fallos de tutela, los cuales de manera unánime parten de reconocer la existencia del mencionado derecho. A partir de allí, pueden extraerse al menos 15 reglas jurisprudenciales que se refieren al alcance y el contenido del derecho. Estas reglas, en virtud de lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, deberán ser consideradas como “precedentes constitucionales” y, por ende, serán de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades, tanto judiciales como administrativas, y de los particulares, al ser fuentes principales e imperativas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Identificado el derecho en la jurisprudencia constitucional se procedió a analizar cómo se regulaba este en el nivel legal y reglamentario. De dicho análisis puede concluirse que el sistema legal colombiano dispone de una amplia variedad de mecanismos administrativos, judiciales y políticos dispuestos para la materialización del derecho a la participación en la dimensión referida. De ellos es importante destacar, por su gran relevancia, los mecanismos de participación en los procedimientos administrativos ambientales, al igual que el recientemente creado mecanismo de las alianzas para la prosperidad.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- GÓMEZ, Alejandro, “The ‘constitutionalization’ process of the international environmental law in Colombia”, *Revista de Derecho*, núm. 45, 2016.
- HILLÓN, Yulieth Teresa, “La consulta previa en la solución de conflictos socio-ambientales”, *Revista de Derecho*, núm. 41, 2014.
- \_\_\_\_\_, “La participación en conflictos socio-ambientales: la paradoja institucional colombiana”, en Adolfo Eslava (ed.), *Oro como fortuna: instituciones, capital social y gobernanza de la minería aurífera colombiana*, Medellín, Fondo Editorial Universidad Eafit, 2014.
- IBARRA, David y Alicia ACOSTA, “El dilema campesino”, *Investigación Económica*, vol. LXII, núm. 245, julio-septiembre, 2003, pp. 151-220.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-294 de 22 de mayo de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-194 de 25 de noviembre de 1999.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001.

- \_\_\_\_\_, Sentencia T-772 de 8 de septiembre de 2006.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-228 de 30 de marzo de 2009.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-348 de 15 de mayo de 2012.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-447 de 20 de junio de 2012.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-536 de 11 de julio de 2012.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-135 de 13 de marzo de 2013.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-462A de 8 de julio de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-018 de 21 de enero de 2015.
- LANDINI, Fernando, “Racionalidad económica campesina”, *Mundo Agrario*, vol. 12, núm. 23, 2011.
- MACÍAS, Luis Fernando, “Licencias y permisos ambientales”, en Beatriz LONDOÑO, Gloria Amparo RODRÍGUEZ y Giovanni HERRERA (eds.), *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.
- MÉNDEZ, Josefina y Danelia CUTIÉ, “La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 25, 2010, pp. 94-115.
- LÓPEZ, Irvin Uriel, “Significación del bloque de constitucionalidad en la temática de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano”, *Letras Jurídicas*, núm. 31, 2015.
- LÓPEZ, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006.
- OLANO, Hernán Alejandro, “El bloque de constitucionalidad en Colombia”, *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, 2005, pp. 231-242.
- RIVERA, Carmen, “La insistente práctica campesina”, *El Hombre y la Máquina*, núm. 33, julio-diciembre, 2009, pp. 22-33.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, “Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa”, *Opinión Jurídica*, vol. 10, 2011.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y Lina Marcela MUÑOZ, *La participación en la gestión ambiental*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.
- SIERRA, Jimena, “La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos. El caso de la consulta previa en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 39, 2017.
- SUELT-COCK, Vanessa, “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derecho en Colombia”, *Vniversitas*, núm. 133, 2016.
- UPRIMNY, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, Bogotá, Dejusticia, 2005. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>

**Farit Limbert Rojas Tudela\* (Bolivia)**

## **La soberanía en la Constitución Política del Estado de Bolivia**

### **RESUMEN**

Este ensayo propone discutir la noción de soberanía en la Constitución Política del Estado boliviano, y la manera como esta se relaciona con nuevas formas de pensar la democracia, el Estado y la participación política de la población.

**Palabras clave:** soberanía, democracia, participación política, Bolivia.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag beabsichtigt eine Untersuchung des Souveränitätsbegriffs der Verfassung des bolivianischen Staates und dessen Verhältnisses zu neuen konzeptionellen Ansätzen bezüglich Demokratie, Staat und politischer Partizipation der Bevölkerung.

**Schlagwörter:** Souveränität, Demokratie, politische Partizipation, Bolivien.

### **SUMMARY**

This essay discusses the notion of sovereignty in the Political Constitution of the Bolivian State, and how it is related to new ways of thinking about democracy, the State and the political participation of the population.

**Key words:** sovereignty, democracy, political participation, Bolivia.

---

\* Abogado constitucionalista, Ph. D. en Ciencias, mención Justicia. Investigador del proceso constituyente boliviano. Actualmente es profesor de Teoría General del Derecho y Pluralismo Jurídico de la Universidad Mayor de San Andrés. faritrojas@gmail.com

## Exergo

El presente ensayo propone una lectura de la noción de soberanía en la nueva Constitución Política del Estado (CPE) boliviano, para ello se analiza el artículo 12 de la CPE, se examinan los diálogos internos entre uno y otro artículo del texto constitucional. Finalmente, se presenta una breve relación del tratamiento de la soberanía en el constitucionalismo boliviano, es decir, en el conjunto de textos constitucionales de este país. Asimismo, presenta los archivos del proceso constituyente que dio forma a la CPE vigente en Bolivia.

El proceso constituyente se desarrolló en Bolivia entre los años 2006 y 2009, y en él se llevó a cabo una discusión compleja. La Asamblea Constituyente se organizó en 21 comisiones, y fue la Comisión 1 (llamada Visión de País) la que problematizó la idea de soberanía.

En el desarrollo del proceso constituyente se aprobaron tres proyectos de Constitución: el de Chuquisaca en noviembre de 2007, el de Oruro en diciembre del mismo año, y el de acuerdos políticos en el Congreso en octubre de 2008; fue justamente este último el que se llevó a referéndum para su aprobación por la población boliviana en febrero de 2009.

## Introducción

Por soberanía se entiende la autoridad suprema que se instituye como poder supremo respecto a las relaciones que regula.<sup>1</sup>

Una de las figuras más antiguas de la soberanía es el *kurios* o *kuros* griego, que Benveniste<sup>2</sup> traduce como fuerza soberana, y encuentra sus antecedentes en términos como *kuein* (estar encima) o *kuma* (marea, fuerza). Para Benveniste existe una relación muy fuerte entre el soberano y lo sagrado. *Sura* en sánscrito significa amo, en tanto *sura* en castellano, proveniente del árabe, es el sustantivo con el cual nos referimos a los capítulos del Corán. Como señala Benveniste:

---

<sup>1</sup> Para Cabanellas, soberanía es la “Suprema Autoridad. Mando Superior. Manifestación que distingue y caracteriza al Poder del Estado, por la cual se afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro, sin aceptar limitación ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia dentro de su territorio y posesiones. Fuente del poder público. Independencia Nacional. Calidad o excelencia máxima” (Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. VII, Buenos Aires, Heliasta, 2003, p. 457). Para el tratadista Burdeau, “la soberanía es la cualidad de no depender de ningún otro poder político” (citado en Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 2010, p. 236); asimismo, Esmein señala que la soberanía es “la autoridad que naturalmente no reconoce potencia superior o concurrente en cuanto a las relaciones que ella rige” (citado en Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 236).

<sup>2</sup> Emile Benveniste, *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Madrid, Taurus, 1983.

La relación del soberano con lo divino se hunde en las raíces de las lenguas indoeuropeas. Benveniste resalta que, en la deriva etimológica griega, el femenino de *kyrios* se rehace sobre el masculino, subsumiéndose en él y dependiendo lingüísticamente de él. El soberano es, entonces, aquel que está encima, encima de todo, y lleva consigo, como la marea, todo lo que sobrevuela. Todo lo que él supera le pertenece. Es, en masculino, el amo, el señor, el jefe, el rey, pero su poder supremo no proviene de una fuerza física sino mítica. Es la noción de “rey” (*rex*) la que permite definir al rey de forma mística como el sacerdote que está por encima de la fuerza y, desde allí, la gobierna, la hace suya.<sup>3</sup>

Atestiguando solamente en itálico, en céltico y en indio, es decir, en las extremidades occidental y oriental del mundo indoeuropeo, *rex* pertenece a un grupo antiquísimo de términos relativos a la religión y al derecho. El acercamiento del lat. *rego* con el griego *orego*, “extender en línea recta” (donde la o- inicial se explica por razones fonológicas), el examen de los valores antiguos de *reg-*, en latín (por ejemplo, en *regere fines, e regione, rectus, rex sacrorum*) permiten pensar que el *rex*, más sacerdote en esto que rey en el sentido moderno, era el que tenía autoridad para trazar los emplazamientos de las ciudades y determinar las reglas del derecho.<sup>4</sup>

El proceso histórico llevará a la secularización de la noción de poder del rey; sin embargo, este proceso no ha borrado los restos espirituales del concepto de soberanía, pues en última instancia es la potencia de la Constitución y de las leyes.

La soberanía es un fenómeno político, es decir, una relación política que se va construyendo históricamente.<sup>5</sup> Si bien en la Edad Media se conocía la *plenitudo potestatis* del papa y del emperador, es Jean Bodin, en su texto *Los seis libros sobre la república*, quien concibe la soberanía como “aquel poder absoluto y perpetuo que es propio de la república”,<sup>6</sup> y que se ejerce sobre súbditos y ciudadanos sin restricciones de ningún tipo. No debe olvidarse que para Bodin la república es el recto gobierno de varias familias y de lo que les es común,<sup>7</sup> y detrás de la noción de república descansan los esbozos de una justificación a la propiedad pues, en última instancia, los propietarios son ciudadanos.

Fue Bodin, entonces, quien propuso a la soberanía como un principio organizador de la comunidad política, aunque debe anotarse que Bodin personalizaba la

<sup>3</sup> Delmiro Rocha Álvarez, *Dinastías en deconstrucción. Leer a Derrida al hilo de la soberanía*, Madrid, Dykinson S.L., 2011, p. 63.

<sup>4</sup> Benveniste, *op. cit.*, p. 347.

<sup>5</sup> Una reflexión respecto a las sociedades sin Estado y, a la vez, sin la constitución de este poder jerárquico se encuentra en Pierre Clastres, *La sociedad contra el Estado*, Buenos Aires, Derramar, 2008.

<sup>6</sup> Bodin, citado por Scattola, en Giuseppe Duso, *Poder: para una historia de la filosofía política moderna*, México, Siglo XXI, 2007, p. 49.

<sup>7</sup> Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2010.



titularidad del ejercicio de la soberanía en la figura del monarca, como un derecho divino de los reyes,<sup>8</sup> manteniendo la relación de la cabeza espiritual y la del rey. En un intento por naturalizar su tesis, Bodin trató de justificar al soberano con una analogía con el padre de familia, es decir, que *lo que el padre es para la familia, el soberano lo es para la comunidad política*, entonces hay una especie de vínculo naturalizante que trata de decantar en una explicación jurídica de la constitución de la soberanía.

De esta manera, la teoría de la soberanía comenzó a desarrollarse en los siglos XVII y XVIII por obra del derecho natural o *jusnaturalismo*, con variados matices. Para Hobbes y Blackstone, la soberanía era la piedra basal de los absolutismos y la unidad del poder en el rey (Hobbes atribuía al rey la competencia religiosa de interpretación de la Biblia); ni siquiera Rousseau pudo desligarse de esta tensión de unidad en la soberanía al tratar su concepción de voluntad general. Finalmente, la Revolución francesa consagró el principio de soberanía nacional otorgando como titular de la misma a la nación, según lo establece el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”.

En el fondo de la teoría política clásica sobre la soberanía se trató de legitimar el ejercicio del poder para justificar su conquista por cualquier medio, o para la permanencia de un grupo social estratificado en su ejercicio;<sup>9</sup> esta idea de soberanía permitió relacionar al Estado con la nación.

Como señala Foucault:

La teoría de la soberanía se propone necesariamente constituir lo que yo llamaría un ciclo, el ciclo del sujeto al sujeto (súbdito), mostrar cómo un sujeto –entendido como individuo dotado naturalmente (o por naturaleza, de derechos, capacidades, etcétera– puede y debe convertirse en sujeto, pero entendido esta vez como elemento sometido a una relación de dominación.<sup>10</sup>

La idea misma de soberanía contenía un exterior constitutivo, es decir, un afuera que la soberanía trataba de incorporar; por ello la noción de un único vínculo, un único lazo de subordinación, un solo poder al cual obedecer, que permite convertir la diferencia en el ejercicio del poder en un cuerpo único y perfecto.

Una vez más, véase lo que señala Foucault:

---

<sup>8</sup> Si bien Bodin reconoce los tres sistemas de gobierno que habían planteado los griegos y los romanos, es decir, la monarquía, la aristocracia y la democracia, él considera que hay un vínculo natural entre la soberanía y el soberano; de esta manera señala que “si se trata de mandar, uno solo lo hará mejor” (*op. cit.*, p. 97).

<sup>9</sup> Una crítica muy articulada a la idea jurídica de soberanía se puede encontrar en el curso del año 1976, “Defender la sociedad”, de Michel Foucault (*Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002).

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 49.

La teoría de la soberanía se asigna, en el comienzo, una multiplicidad de poderes que no le son en el sentido político del término sino capacidades, posibilidades, potencias, y solo puede constituirlos como tales, en el sentido político, con la condición de haber establecido en el ínterin, entre las posibilidades y los poderes, un momento de unidad fundamental y fundadora, que es la unidad del poder. Importa poco que esta unidad del poder adopte el rostro del monarca o la forma del Estado; de ella van a derivarse las diferentes formas, los aspectos, mecanismos e instituciones de poder. La multiplicidad de los poderes, entendidos como poderes políticos, solo puede establecerse y funcionar a partir de esta unidad del poder, fundada por la teoría de la soberanía.<sup>11</sup>

Durante el siglo XX, Jellinek trató de diferenciar la soberanía del Estado –titularidad-de la soberanía en el Estado-ejercicio–, y le asignó una serie de características, como ser:

1) Supremo porque no existe otra potestad que se le imponga; 2) ilimitado, por no estar sujeto a restricciones jurídicas positivas; 3) absoluto, porque es ineludible en el ámbito de la sociedad; 4) indivisible, porque no es compartido; 5) perpetuo, por carecer de limitación temporal; 6) imprescriptible, porque no se opera su caducidad por la falta de ejercicio.<sup>12</sup>

Todas las características anotadas eran las que posibilitaban pensar jurídicamente la soberanía, sin la cual no se podía evidenciar la existencia de un Estado. En consecuencia, la noción de soberanía definía y explicitaba el poder del Estado como la superioridad frente a cualquier otro poder, es decir, en esta tensión con un exterior, con un afuera al que quería eliminar, absorber, integrar; a ello debe agregarse la independencia de ese poder del Estado frente a cualquier voluntad externa, generándose así la división entre una soberanía interna del Estado (imperio frente a cualquier otro poder interno), y una soberanía externa del Estado (imperio frente a cualquier otro poder externo e igualdad entre todos los Estados soberanos).

Apenas se hacía referencia a la soberanía como titularidad en su ejercicio al pueblo, el cual era tratado con cierta desconfianza,<sup>13</sup> lo que generaba inmediatamente la delegación de la soberanía a representantes para la puesta en práctica de un Gobierno

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 49-50.

<sup>12</sup> Jellinek citado en Badeni, *op. cit.*, p. 526.

<sup>13</sup> Esta desconfianza en el pueblo se la puede encontrar incluso en Jean Bodin. “Bodin nos informa que se sintió impulsado a escribir ‘cuando percibí en todas partes que los súbditos estaban armándose contra sus príncipes’ y que ‘estaban saliendo a la luz abiertamente libros’ que enseñaban que ‘los príncipes enviados a la raza humana por la providencia deben ser sacados de sus reinados so pretexto de tiranía, y que los reyes deben ser elegidos, no por su linaje, sino por la voluntad del pueblo’. Una de sus principales aspiraciones, explica, es refutar la extendida pero traicionera opinión ‘de que el poder del pueblo es mayor que el del príncipe’, lo que es ‘algo que muchas veces provoca que los propios súbditos se revelen contra la

soberano, como señala Cabanellas: “El problema de la soberanía y su concepto ha constituido obsesión del siglo XIX en especial, hasta el triunfo del constitucionalismo, donde se afirma, para mayor halago del pueblo, que la soberanía le corresponde, aunque no la ejerza directamente”.<sup>14</sup>

Se cuidaba que bajo el denominativo de *pueblo* se encontrase una unidad con la capacidad de delegar el ejercicio a sus representantes y, de esta manera, repetir la soberanía en tanto unidad. Lo contrario al pueblo es la multitud, la diversidad, la pluralidad que impide la posibilidad de la representación.<sup>15</sup> La idea de pueblo, en tanto unidad, respondía también a una idea de civilidad, a un amansamiento de las pasiones, a una modernización humanizante que posibilitaba a la vez la existencia de seres humanos gobernables, domesticables, como señala Sloterdijk: “el tema latente del humanismo es, pues, la domesticación del hombre; su tesis latente: una lectura adecuada amansa”.<sup>16</sup>

En el desarrollo del constitucionalismo continental,<sup>17</sup> si bien se reconocía que la soberanía residía en el pueblo o emanaba de este, o residía en la nación, la soberanía siempre se delegaba en su ejercicio a los representantes. Paradoja que encerraba en sí el siguiente razonamiento: solo es posible la unidad a partir de la representación del pueblo; en consecuencia, son los representantes del pueblo los que construyen esta unidad, y es en virtud de esta unidad como es posible la existencia de representantes.

Como señala Derrida en relación con la Declaración de Independencia norteamericana, donde se hace referencia al pueblo: “Ahora bien, ese pueblo no existe. No existe antes de esa declaración, no existe como tal. Si se da origen, en cuanto sujeto libre e independiente, en cuanto signatario posible, esto puede deberse únicamente al acto de esa firma. La firma inventa al signatario”.<sup>18</sup>

No hay un pueblo antes de la firma del pueblo, y es la firma la que crea al pueblo.

## 1. La soberanía en el desarrollo del proceso constituyente boliviano

En el desarrollo del proceso constituyente boliviano (2006-2009) se puede observar un desplazamiento en el uso clásico de la definición de soberanía, una apertura a

---

obediencia que deben a su príncipe soberano, con graves consecuencias para las repúblicas” (Quentin Skinner, *El nacimiento del Estado*, Buenos Aires, Gorla, 2003, p. 58).

<sup>14</sup> Cabanellas, *op. cit.*, t. VII, p. 458.

<sup>15</sup> Antonio Negri, *El poder constituyente*, Madrid, Editorial Libertarias Prodhufi, 1994.

<sup>16</sup> Peter Sloterdijk, *Normas para el parque humano*, Madrid, Siruela, 2006, p. 32.

<sup>17</sup> El constitucionalismo continental se refiere a la experiencia constitucional europea y latinoamericana (hispanoamericana en términos españoles), que difiere de la experiencia anglosajona expresada en el *Common Law* y las constituciones breves, no escritas o de principios.

<sup>18</sup> Jacques Derrida, *Otobiografías. Las enseñanzas de Nietzsche y la política del nombre propio*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009, p. 17.

pensarla de otra manera y que pone en juego una condición de estatalidad distinta. Según se puede analizar en el informe de mayoría de la Comisión 1 (Visión de País) de la Asamblea Constituyente boliviana, así como en los proyectos de Texto Constitucional aprobados tanto en Chuquisaca como en Oruro, se trató de explicitar un ejercicio directo de la soberanía y de pluralizar a su detentador, es decir, el pueblo boliviano es en sí una tensión que resiste a la homogeneización.

En el artículo 7, en el que se encuentra la referencia explícita a la soberanía, se enuncia que la *soberanía reside en el pueblo*, y ya la categoría pueblo dinamiza, como se verá más adelante, a una pluralidad existente incluso con anterioridad al Estado; de esta manera, se abre el texto a tratar la soberanía ya no como un antagonico de un exterior al Estado, es decir, de un afuera del Estado al que hay que tratar de domesticar, humanizar y gobernar, el titular es ya plural: “Artículo 7. La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible”.

El texto constitucional *in extenso* desarrolla un tratamiento muy particular de la soberanía, no solo porque pluralice a su titular, sino porque como efecto de esta pluralización se trata de evitar la relación de una soberanía estatal; por ello el titular (el pueblo de composición plural) puede ejercer esta soberanía –es decir, esta autoridad suprema– de manera directa, pero también de manera delegada, debido a que no hay un tejido homogéneo que sea el depositario de esta y, en consecuencia, habría la posibilidad de un ejercicio múltiple de soberanía directa, y de un ejercicio, llamémoslo restringido, jurídico, de soberanía delegada. Primera condición para hablar de soberanías en plural.

La mención de una soberanía del Estado es muy escasa en el texto constitucional (una de las pocas referencias explícitas se encuentra en el artículo 366), y lo que se pretende es más bien descentrar la soberanía del Estado hacia una dispuesta a la pluralidad constitutiva del pueblo boliviano. La soberanía no es un poder de mando, sino un poder plural, que pone en funcionamiento una nueva condición de estatalidad, es decir, nuevas formas de relacionar y concebir Estado y sociedad, y un descentramiento claro de la soberanía del Estado-nación, a una soberanía plural.

En tanto poder plural, esta pluralidad de la soberanía se desarrolla en diferentes sectores, como en el económico, en las relaciones internacionales, los tratados internacionales, entre otros, así como respecto a los recursos naturales como el agua, los hidrocarburos, etc. Se registra también un desplazamiento a una idea de *soberanía alimentaria* que prioriza la producción y el consumo de alimentos producidos en Bolivia. Todas las referencias parecen fortalecer la soberanía en diferentes aspectos, presentando la defensa de esta como un deber de los bolivianos y una condición de igualdad en el trato y frente a los Estados extranjeros.

Por otro lado, la reconfiguración de la soberanía también se refiere a la (re)construcción de lo público, puesto que al establecerse que los órganos deben cumplir el mandato de una sociedad heterogénea, al reconocerse la existencia y participación

de diferentes formas de democracia, y al estipular que la soberanía reside en el pueblo de composición plural, y que la puede ejercer de forma directa y delegada, cambia completamente la noción de lo público, y se abren nuevas posibilidades de reconstrucción, ejercicio y entendimiento de este. Además, la soberanía debe ser comprendida de manera distinta en el marco de un Estado plurinacional comunitario con autonomías, ya que la construcción de un Estado con autonomías supone repensar sobre un proceso de emancipación y recuperación del ejercicio de poder por parte de las poblaciones en el momento de configurar los gobiernos de las entidades territoriales autónomas.

Este desplazamiento en la noción de soberanía permite ver que esta, en tanto poder, fluctúa, no se encuentra ni aquí ni allá, sino que es una microfísica en el sentido en el que el poder fluye y no puede concentrarse finalmente en ningún órgano del Estado.

El descentramiento de la soberanía permite hablar de soberanías en plural: una soberanía en diálogo con la pluralidad (preámbulo de la Constitución); una soberanía del pueblo (arts. 7 y 373); de los Estados en busca de la paz (art. 10); una soberanía entendida como unidad e integridad territorial (arts. 108, 244 y 267); una soberanía alimentaria (arts. 255, 309, 405 y 407); económica (art. 312); una soberanía de los recursos naturales (art. 346); energética (art. 360); una soberanía del Estado en lo que se refiere a las empresas extranjeras (art. 366); una soberanía boliviana (art. 376); una soberanía...

Esta condición plural de la soberanía y su descentramiento hacia una pluralidad de soberanías es una condición nueva de estatalidad respecto al Estado plurinacional. Como señala Alberto Acosta, respecto a la Constitución Ecuatoriana, “la tarea es construir soberanías en plural como parte de un ejercicio plural”,<sup>19</sup> y es que la condición de Estado plurinacional de Ecuador,<sup>20</sup> al igual que Bolivia, lo lleva a replantear lo que debe entenderse por soberanía, cuando el concepto no puede ser más la unidad del ejercicio del poder, sino su pluralidad, e incluso la pluralidad en la concepción de dicho ejercicio.

Para muchos de los pueblos indígenas de América, el poder como dominación no es pensable, el poder es en sí un fenómeno compartido y plural.

Carlos Lenkersdorf, en su trabajo sobre los pueblos indígenas tojolabales, señala:

Fijémonos en el papel del anciano o presidente. No se trata de una persona impositiva que decide las cosas con “dedazo”. Por ello, las decisiones no dependen de dirigentes. Los hay y la comunidad los respeta, pero no los

---

<sup>19</sup> Alberto Acosta y Esperanza Martínez, *Soberanías*, Quito, Abya Yala, 2010, p. 46.

<sup>20</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política del Ecuador: “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 Constitución del Ecuador es de 2008, la de Bolivia es de 2009, en consecuencia, el primer Estado plurinacional es Ecuador.

hace mandones. El dirigente auténtico se destaca porque sabe convencer. Ha convencido a los asambleístas porque supo captar el consenso. De ahí nace el respeto que reconoce la capacidad manifiesta de tener el juicio para intuir el “sentir” de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad. Dicho de otro modo, los dirigentes verdaderos reciben todo el respeto porque saben articular el pensamiento de la comunidad y, en este sentido, obedecen a la comunidad. Como algunos dicen, mandan obedeciendo y no mandan mandando. La toma de decisiones, pues, está en manos de la comunidad. Las “autoridades” solo las “verbalizan”. De este modo se evidencia que la decisión definitiva no depende de una sola persona, tampoco de la mayoría sino de todos. Se requiere, pues, el consenso unánime.<sup>21</sup>

Sobre la comunidad y el consenso, como base para la pluralización del ejercicio del poder, Lenkersdorf señala:

Una comunidad de consenso, vista desde adentro, explica la importancia del nosotros. Este es, por decirlo así, otro aspecto del mismo consenso. Si todos nosotros no entramos en el acuerdo, no hay consenso. Para lograrlo, pues, se ponen muy exigentes. Una minoría representada en el “nosotros” anhelado y requerido es capaz de frenar todo el procedimiento. La asamblea, en tal situación tiene que ver como lograr el acuerdo. Es la tarea de la minoría convencer a la mayoría o viceversa. Si la minoría se compone de una sola persona, el convencimiento se puede transformar en presión social de la mayoría. Podemos imaginar lo que va a ocurrir. Otra vez cae un aguacero de palabras, dirigidas todas hacia el solitario disidente. Con dificultad se defiende uno solo contra cien o cientos de personas dispuestas a persuadirlo.<sup>22</sup>

Una condición muy distinta de soberanía es la que se ha puesto en juego en un Estado plurinacional.

## 2. La soberanía y el pueblo boliviano

Conforme a lo establecido en el artículo 3 de la Constitución, el pueblo boliviano está constituido por: “La totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas”. Cabe destacar brevemente esta composición plural: bolivianos y bolivianas, relación que identifica a los individuos en tanto subjetividad moderna.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Carlos Lenkersdorf, *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolabales*, México, Siglo XXI, 2008, pp. 80-81.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>23</sup> Salvador Schavelzon, *La Asamblea Constituyente de Bolivia: etnografía del nacimiento de un Estado plurinacional*, Río de Janeiro, Universidad Federal do Rio de Janeiro (Tesis de

Naciones y pueblos indígena originario campesinos, entendidos conforme al artículo 30, parágrafo I, como “toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”, definición que no dejó de ser problemática en el desarrollo de la Asamblea Constituyente, por distintas tensiones, entre ellas que debe comprenderse territorialidad como la capacidad y posibilidad de construir y realizar territorio; asimismo, que el adjetivo *campesinos* es en sí moderno y, por ende, no es anterior a la Colonia, pero que a la vez es la manera de autoidentificación en tierras altas.

Comunidades interculturales, categoría con la que se trató de denominar a los indígenas que se desplazaron de sus territorialidades ancestrales y que se denominaban colonizadores.<sup>24</sup> Esta denominación de comunidades interculturales data de las definiciones del Pacto de Unidad; al respecto, el constituyente Raúl Prada señala que “en la conformación del Pacto de Unidad se encontraban las grandes organizaciones campesinas: la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia; las Bartolinas y los Colonizadores, que así se llamaban entonces los que hoy se nombran como interculturales”.<sup>25</sup>

Comunidades afrobolivianas, es decir aquellas comunidades de bolivianos descendientes de grupos humanos que fueron traídos de África a América en condición de esclavos. La mayoría de la población afroboliviana –aproximadamente unas 35 mil personas– se encuentra en las zonas de Tocaña, Chicaloma, Villa Remedios, Mururata, en los Yungas del departamento de La Paz.<sup>26</sup>

---

Doctorado), 2010. Con subjetividad moderna se hace referencia a las maneras en las que se fue constituyendo y creando la subjetividad individual, es decir, el sujeto que se denomina a sí mismo individuo. Para el sociólogo francés Emile Durkheim, el individuo no es un dato natural del cual haya que partir, sino un fenómeno social que debe ser investigado, es decir, que el individuo ha sido el resultado de la disolución de las sociedades tradicionales y el desarrollo de las sociedades industriales y posindustriales.

<sup>24</sup> Siguiendo a Schavelzon, “La Confederación Nacional de Colonizadores se funda en 1970-1971, en la apertura democrática del general Torres, a partir del descontento con la Confederación Nacional Campesina, que era oficialista durante la dictadura de Barrientos y apoyaba el pacto militar-campesino. Como Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB) se afilia a la COB, con una ruptura con los militares simultánea al acercamiento con los obreros, al igual que los kataristas por esa misma época. Después del 2000 son una de las organizaciones que impulsan la Asamblea Constituyente, y son también fundadores del MAS-IPSP. Por acuerdo político, la presidencia del MAS corresponde a Evo y la CSUTCB y la vicepresidencia a los colonizadores. Era entonces parte orgánica y de la dirección política del MAS. Contaban en la bancada del MAS con siete constituyentes salidos de sus filas, a los que se debía sumar otros que provenían de circunscripciones donde esta organización era importante, y por tanto acompañaban sus demandas. Durante el tiempo de la Asamblea, modificaron su nombre para el de Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB). Y esa era la forma en la que exigían ser incluidos en la definición de Pueblo Boliviano” (*op. cit.*, p. 87).

<sup>25</sup> Pablo Stefanoni *et al.*, *Balance y perspectivas*, La Paz, Archipiélago, 2010, p. 51.

<sup>26</sup> Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, sociedad*, Quito, Abya-Ayala, 2009.

Siguiendo a Schavelzon,

los afrobolivianos se concentran especialmente en la región de los yungas de La Paz, y se organizan en el Movimiento Cultural Saya Afroboliviano (Mocusabol), formado a partir de migrantes de los yungas en la ciudad de La Paz [...] Los Afrobolivianos recorrían como muchos otros las comisiones en el Colegio Junín de Sucre. No querían quedar excluidos de la Constitución como lo habían sido del Censo de 2001. No se consideraban indígenas, ni preexistentes a la Colonia, ni campesinos.<sup>27</sup>

Según señala Catherine Walsh, “los afro aparecieron puntualmente en los momentos finales de la redacción de la propuesta de la Constitución, pidiendo su incorporación en todos los lugares del texto que hablara de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos”.<sup>28</sup>

En junio de 2007, mientras las comisiones se preparaban para presentar sus informes, la discusión de los constituyentes del MAS llegaba a la fórmula siguiente: “El pueblo boliviano está conformado por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos pertenecientes a las áreas urbanas de diferentes clases sociales, a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y a las comunidades interculturales y afroboliviana”.<sup>29</sup>

De esta manera se fue delineando la constitución plural del pueblo boliviano, no sin conflictos.

Esta categoría compleja y dinámica de pueblo boliviano se opone en sí a la noción occidental de pueblo, ligada a la constitución de una voluntad única y, por ende, constitución del cuerpo político estatal; como se mencionó, lo contrario a pueblo es la multitud, en tanto masa que huye a la unidad, es refractaria a la obediencia, es irrepresentable. Empero, como se señaló líneas arriba, en el proceso constituyente se trató de descentrar la figura de Estado y, en consecuencia, descentrar también la categoría pueblo. Según esta pluralidad constitutiva en el pueblo, la multitud genera un diálogo con el Estado y con el pueblo, la multitud puede decantar en uno (no trascendente sino inmanente) siempre que se garantice la pluralidad preconstitutiva del pueblo.

En consecuencia, si de acuerdo con el artículo 7 la soberanía reside en el pueblo, entonces esta reside en la pluralidad y se puede hablar de soberanías en plural. La

---

<sup>27</sup> Schavelzon, *op. cit.*, p. 99.

<sup>28</sup> Cabe destacar que conforme a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Cearc), las comunidades afrodescendientes sí constituyen pueblos tribales en el sentido explicitado por el Convenio 169 de la OIT, por ende, gozan de los mismos derechos de los pueblos indígenas (Walsh, *op. cit.*, p. 137).

<sup>29</sup> Schavelzon, *op. cit.*, pp. 99-100.



complejidad de resumir esta pluralidad en un enunciado de sujetos se puede constatar en la complejidad del debate en el proceso constituyente.

Finalmente, es necesario comentar que una de las razones por la cual el pueblo boliviano es la inmanencia de la diversidad y pluralidad se encuentra en la posibilidad de lograr un titular complejo de los recursos naturales, es decir, una propiedad de recursos naturales que sea imposible de enajenar por lo imposible de lograr la voluntad del sujeto complejo y plural.

### 3. Sobre el ejercicio de la soberanía

La condición de existencia de la soberanía es su ejercicio. No hay relación soberana sin ejercicio de la misma, es la condición de existencia de la soberanía.

Como señala Foucault, la soberanía, entendida como el ejercicio de poder, solo existe en ejercicio.

El poder funciona. El poder se ejerce en red y, en ella, los individuos no solo circulan, sino que están siempre en situación de sufrirlo y también de ejercerlo. Nunca son el blanco inerte o consintiente del poder, siempre son sus relevos. En otras palabras, el poder transita por los individuos, no se aplica a ellos.<sup>30</sup>

La fuerza misma de la Constitución y de la ley se encuentra en esta posibilidad de ejercicio de la soberanía, pues no hay derecho sin fuerza.<sup>31</sup>

La soberanía en su ejercicio tiende a difuminarse, lo cual permite a la vez su pluralización, pues ya no hay un soberano que encarne la soberanía, sino que esta se difumina en su ejercicio. Se trata entonces de soberanías en plural.

El ejercicio de las soberanías puede ser de forma directa o delegada.

#### 3.1. De forma directa

Inicialmente, este ejercicio directo de las soberanías se relaciona con las formas de democracia directa y democracia comunitaria establecidas en el artículo 11, el cual relaciona la democracia directa con la participativa; las instituciones más cercanas a la democracia directa son la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Sin embargo, estas tres instituciones deberán ser desarrolladas conforme a ley, según la reserva

---

<sup>30</sup> Foucault, *op. cit.*, p. 38.

<sup>31</sup> Como señala Derrida, “el derecho es siempre una fuerza autorizada, una fuerza que se justifica o que está justificada al aplicarse [...] No hay derecho sin fuerza, Kant lo recuerda con el más grande rigor [...] Es la fuerza esencialmente implicada en el concepto mismo de la justicia como derecho, de la justicia en tanto que se convierte en derecho” (Jacques Derrida, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 16).

legal del artículo 11, entonces, se precisa de un instrumento construido en el nivel de la representación, es decir, construido en el nivel de la Asamblea Legislativa Plurinacional (la asamblea de representantes del pueblo), que es resultado de la democracia representativa para el ejercicio de la democracia directa. Entonces, es necesario explorar los otros espacios y posibilidades de un ejercicio de democracia directa en el texto constitucional.

El ejercicio directo de las soberanías consiste en un ejercicio múltiple, pues el sujeto es a la vez plural, en tanto está constituido por individuos y colectividades. Este ejercicio múltiple desemboca en la construcción de la nueva condición de estatalidad, pues siguiendo el preámbulo de la Constitución, “asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

Esta declaración debe leerse pluralizando al sujeto “asumimos”, y conforme al verbo en infinitivo “construir”, que supondría una tarea activa y colectiva en la construcción de esta nueva estatalidad que decanta en el Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario.

Dicho de otra manera, no se trata de tomar el Estado para transformar la sociedad, sino tomar la sociedad plural, la compleja constitución del pueblo boliviano, en busca de construir el Estado como tarea colectiva. Esto supone necesariamente una nueva concepción de democracia que genere la construcción de este Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario. El sujeto plural depositario de las soberanías, como se señalaba, está constituido tanto por individualidades como por colectividades.

Continuemos con el despliegue del ejercicio directo de la soberanía.

En tanto individuos, el ejercicio directo de la soberanía se circunscribe al ejercicio de todos los derechos establecidos en la Constitución, pues conforme al artículo 109, “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”; sin embargo, los derechos que explícitamente se refieren a la formación y ejercicio del poder político del Estado son los derechos políticos, que según el artículo 26 suponen el derecho a participar directamente en la formación, el ejercicio y el control del poder político.

#### Artículo 26.

I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

Este ejercicio directo de la soberanía pone en juego esta nueva condición de estatalidad referida.

En tanto colectividades, el ejercicio directo de la soberanía se circunscribe a las dimensiones de la pluralidad y de los pluralismos habitados y reconocidos por la Constitución. Esta es una dimensión inmanente, es decir, no trascendente, por ende, no representable de manera final y acabada. Para comprender esta dimensión inmanente es necesario prestar atención a lo que la Constitución establece para las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Conforme al artículo 1 de la Constitución, Bolivia se funda en la pluralidad y los pluralismos político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. El pluralismo político se relaciona, conforme a lo señalado en el artículo 2, a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que comprende la autonomía, el autogobierno, el ejercicio de sus instituciones propias, y la posibilidad de conformar entidades territoriales autónomas. Asimismo, conforme al numeral 3 del parágrafo II del artículo 11 se establece la democracia comunitaria, la misma que se desarrolla conforme a normas y procedimientos propios. Igualmente, es necesario relacionar este ejercicio directo de soberanía de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos con los derechos establecidos en el artículo 30, y con los derechos que puedan encontrarse en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.<sup>32</sup>

Finalmente, es necesario considerar que un ejercicio directo, no limitado, no restringido de las soberanías, entendidas en tanto poder, solo puede comprenderse como poder constituyente, es decir, como un ejercicio expansivo del poder con la capacidad de transformar los Estados y las subjetividades. En este sentido, y siguiendo las tesis de Antonio Negri,<sup>33</sup> el poder constituyente huye a la representación y es en sí la fuerza colectiva que posibilita la transformación de la vida política.

### 3.2. De forma delegada

Este ejercicio supone un sistema de delegación a través de los órganos de poder público.

Cuando la soberanía se delega se puede decir que se constituye el poder público. Es poder en tanto es dominio, y es público en tanto quienes lo ejercen lo hacen en virtud de su carácter público, de personas de derecho público, es decir, individuos que lo ejercen con base en una normatividad preestablecida por la Constitución (poder constituido). Como señala Naranjo Mesa al respecto: “Debe precisarse que

---

<sup>32</sup> La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es parte del bloque de constitucionalidad, reconocido en el artículo 410. Asimismo, es aplicable lo dispuesto en el artículo 256 que señala que los instrumentos en materia de derechos humanos que declaren derechos más favorables que los contenidos en la Constitución se aplicarán por encima de esta.

<sup>33</sup> Negri, *op. cit.*

el poder a que nos referimos es al poder público, es decir aquel que se ejerce por parte de los gobernantes”.<sup>34</sup>

Conforme a lo establecido por el artículo 11, “Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria”, es decir, adopta una forma de gobierno plural, y conforme a lo establecido por el artículo 12, “el Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral”. Los órganos del poder público, en consecuencia, tienen competencias reconocidas por la Constitución Política del Estado, aunque debe prestarse atención a la pluralidad de gobiernos, pues no solo se refiere al Ejecutivo y Legislativo central, sino a los ejecutivos y legislativos de la pluralidad autonómica reconocida en la Constitución.

El sistema de delegación del ejercicio de la soberanía reside en la forma democrática representativa, en el instituto de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto (num. 2, par. II, art. 11); de esta manera se elige a los órganos legislativos, al presidente y vicepresidente, gobernadores y alcaldes de los órganos ejecutivos, y a los magistrados y consejeros del órgano judicial, así como a los magistrados del Tribunal Constitucional. Respecto al Órgano Electoral, este es elegido a partir de la Asamblea Legislativa Plurinacional y el presidente del Estado (art. 206, par. II), y en el caso de los tribunales electorales departamentales, mediante la Cámara de Diputados, a través de ternas elevadas por las asambleas legislativas departamentales (art. 206, par. V).

#### 4. Funciones y atribuciones de los órganos del poder público

Las funciones y atribuciones del poder público emanan del ejercicio de la soberanía delegada. Para comprender esta subcategoría es necesario analizar brevemente el artículo 12.

Conforme al artículo 12, la soberanía en tanto poder público se organiza y estructura en cuatro órganos: i) Legislativo, encargado, como su nombre lo establece, de la legislación y conformado, como lo señala el artículo 145, por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores;<sup>35</sup> ii) Ejecutivo, encargado del gobierno de todo el territorio boliviano, se encuentra conformado, como lo señala el artículo 165, por la presidenta o presidente, la vicepresidenta o vicepresidente, así como por los ministros; iii) Judicial, encargado de impartir justicia en todo el territorio boliviano, conformado, como lo señala el artículo 179, por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura; y iv) Electoral, encargado

<sup>34</sup> Naranjo Mesa, *op. cit.*, p. 130.

<sup>35</sup> En el desarrollo del proceso constituyente se propuso un Legislativo unicameral; es recién en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande, en Detalle y en Revisión en Oruro que se reestablece el Legislativo bicameral.

de organizar, administrar y ejecutar procesos electorales, compuesto, como lo señala el artículo 205, por el Tribunal Supremo Electoral, los tribunales electorales departamentales, los juzgados, jurados y notarios electorales.<sup>36</sup>

Se advierte que las funciones de estos órganos del poder público no pueden reunirse en un solo órgano, ni son delegables entre sí.

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 12, las funciones del Estado son tres: i) función de control, a cargo de la Contraloría General del Estado, como lo señala el artículo 213; ii) función de defensa de la sociedad, a cargo de la Defensoría del Pueblo, como lo señala el artículo 218, y también a cargo del Ministerio Público, como lo señala el artículo 225; iii) función de defensa del Estado, a cargo de la Procuraduría General del Estado, como lo establece el artículo 229.

Debe enfatizarse que tanto los órganos del poder público, sus funciones y atribuciones, como las funciones del Estado emanan de la soberanía del pueblo, y por ello están condicionadas y al servicio de este. Al ser públicos estos órganos de poder, sus funciones se encuentran delimitadas, de manera expresa, tanto en la Constitución como en la normativa legal secundaria que las acompaña.

#### **4.1. La característica de inalienable de la soberanía**

Lo inalienable hace referencia directa a aquello que no puede alienarse, a aquello que no puede enajenarse, es decir, darse a otro o que no puede ser tomado por otro.

La caracterización de la soberanía en tanto inalienable radica en que su titular no puede, bajo ningún título, perderla o cederla o ser despojado de ella. Si se es soberano, no se depende, no se subordina, no se vende.

El lugar y el titular de las soberanías son importantes debido a que el pueblo boliviano es, según la Constitución, el propietario de los recursos naturales, del patrimonio cultural, de los hidrocarburos, de las aguas y recursos hídricos, y, en consecuencia, este titular no puede perder su titularidad. El carácter complejo del pueblo boliviano parece, entonces, residir en esta imposibilidad de ser representado de manera final y, en consecuencia, en la imposibilidad de alienar lo que es suyo, lo que es parte de su propiedad.

#### **4.2. La característica de imprescriptible de la soberanía**

Lo imprescriptible hace referencia directa a aquello que no prescribe, es decir, que no puede perderse por prescripción, dicho de otro modo, que no caduca.

El carácter de imprescriptible de la soberanía se refiere a que su vigencia no puede ser derivada de ningún otro poder, es decir, posee una vigencia sin tiempo,

---

<sup>36</sup> En el desarrollo del proceso constituyente el Órgano Electoral no fue considerado como parte de la división y separación de poderes que se establece en el artículo 12. Es recién en el Proyecto de Texto Constitucional aprobado en Grande, en Detalle y en Revisión en Oruro, que se establece al Órgano Electoral como parte de la división y separación básica de poderes.

y, en consecuencia, los derechos que emanan de esta soberanía no caducan, no se pierden por falta de ejercicio.

La importancia dada a la soberanía en tanto imprescriptible se debe comprender en el marco de la condición de propietario del pueblo boliviano, el cual es propietario de recursos naturales, de patrimonio cultural, de hidrocarburos, de aguas, y, por tanto, no puede perder su titularidad.

## **5. Tratamiento en el constitucionalismo boliviano**

La Constitución bolivariana de 1826 señala que la soberanía emana del pueblo, en tanto las constituciones de Andrés de Santa Cruz (1831 y 1834), de clara influencia napoleónica, señalan que la soberanía reside en la nación. La Constitución de 1843 vuelve a recuperar el concepto de que la soberanía emana del pueblo. Las Constituciones de 1851 a 1880 retornan a la denominación de influencia francesa de que la soberanía reside o emana de la nación. Y una vez más, desde la Constitución de 1938 hasta la actual de 2009, retorna la redacción de que la soberanía reside en el pueblo.

Asimismo, en todas las constituciones bolivianas se hace referencia a las características de inalienable e imprescriptible de la soberanía, excepto en la Constitución de 1868.

La Constitución del año 2009 (vigente) es la única en especificar la composición del pueblo boliviano, tal vez por la tensión y pluralidad por la que está constituida esta categoría.

Debe señalarse también que la tradición constitucional boliviana ha denominado poderes a lo que la Constitución vigente denomina órganos. Cabe señalar que la Constitución de 1826, además de los tres poderes clásicos –Legislativo, Ejecutivo y Judicial–, establecía el Electoral, poder que la Constitución de 1826 mencionaba en primer lugar.

En la revisión realizada se evidencia que si bien el pueblo o la nación son los depositarios o titulares de la soberanía, no la ejercen de forma directa sino hasta el texto constitucional de 2009.

## **6. Tratamiento en los archivos, actas y resoluciones del constituyente (durante el proceso constituyente boliviano de 2006-2009)**

El artículo 7 se consolida en los ajustes establecidos por el Honorable Congreso Nacional en octubre de 2008.

La tensión que presentan los archivos del proceso constituyente se encuentra en el ejercicio de la soberanía. Tanto en las propuestas del Pacto de Unidad como en el Informe por Mayoría de la Comisión Primera llamada Visión de País, la soberanía

puede ejercerse de manera directa y por medio de los representantes. En los proyectos de textos aprobados en Chuquisaca y en Oruro, la soberanía solo se ejerce de manera directa, desaparece la referencia a la delegación y a los representantes.

Los ajustes que introduce el Honorable Congreso Nacional en octubre de 2008 reestablecen la condición de ejercicio delegado de la soberanía, reorganizan los contenidos del artículo y respetan la condición de ejercicio directo que se había propuesto por los constituyentes.

Asimismo, cabe destacar que esta Comisión presenta dos minorías y, en consecuencia, dos informes por minorías; en la primera minoría el pueblo es el soberano y su voluntad es mayoritaria, en tanto en la segunda minoría se toma una redacción muy similar a los textos constitucionales de 2004, 1994 y 1967.

## Para concluir: el momento constitutivo de las soberanías

*Momento constitutivo* es una categoría desarrollada por el pensador boliviano René Zavaleta Mercado<sup>37</sup> en la que se trata de dar cuenta de aquel momento en el que las cosas empiezan a ser lo que van a ser por un largo tiempo. Es decir, cuando se estructuran formas de vida social, económica y política que se han de desplegar por un largo tiempo, hasta que llegue un nuevo momento constitutivo. Entonces, se trata de un momento de articulación de *saber-poder* y *subjetividad*.

La estrategia de Zavaleta consistía en recorrer la historia hasta encontrar un cambio estructural que daba cuenta del presente en que vivimos; luego, rastreaba las causas que producían este momento constitutivo a partir de la revisión histórica de los procesos políticos que lo podían explicar. Entonces comprendía que hubo un momento constitutivo anterior que había entrado en crisis.

En la idea de Zavaleta, en lo que es un momento constitutivo se encuentra presente una manera, una forma específica de articulación del Estado y la sociedad, también llamada forma primordial, es decir, una articulación de procesos económicos y políticos duradera.

Por ejemplo, Zavaleta consideraba que un momento constitutivo en Bolivia fue la revolución de 1952, debido a que esta (re)configura un determinado modelo de estructuras y de formas de vida social que se desplegaron por un largo tiempo. La revolución no solo generó transformaciones en la noción de ciudadanía o en la tenencia de la tierra, sino que creó las bases, muchas veces inconscientes, de cambios y transformaciones en la intervención política de la población.

Entonces, una manera de analizar la historia puede ser buscando estos momentos constitutivos en los que se genera una manera de articulación de las relaciones de poder en una sociedad determinada.

---

<sup>37</sup> René Zavaleta, *La autodeterminación de las masas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.

Los momentos constitutivos están relacionados con procesos políticos específicos, es decir, procesos de organización de la sociedad civil, de movilizaciones sociales, de territorializaciones y desterritorializaciones, de articulación de discursos, como formas y modos de representar y politizar las crisis y los conflictos que llevan a la generación de un momento constitutivo. Los procesos políticos deben ser pensados no coyunturalmente sino como procesos de larga duración que determinan la acción política particular, que constituyen sujetos políticos que posiblemente no existían antes.

Esta estrategia me parece la más plausible para dar cuenta de las transformaciones del Estado y la soberanía que analizamos en este texto. Desde mi comprensión, el Estado no es algo; no es una cosa. El Estado es una estructura de relaciones de poder que se materializa en determinados momentos y acto; lo hace con mucha fuerza y deja una huella, una marca, una manera en la que se articulan institucionalidad, legalidad y legitimidad.

El desplazamiento de la idea de soberanía a las soberanías en plural nos coloca delante de una transformación del Estado boliviano que permite articular una idea completamente nueva de pueblo para el Estado; este pueblo no puede ser ya un pueblo-uno, sino un pueblo plural, abierto a construir un nuevo Estado y la necesidad de crear no solo nueva institucionalidad, sino nuevos acercamientos y teorizaciones sobre el poder en Bolivia y en América Latina.

## Bibliografía

- ACOSTA, Alberto y Esperanza MARTÍNEZ, *Soberanías*, Quito, Abya Yala, 2010.
- ACTA DE ACUERDO DE LAS ORGANIZACIONES DEL PACTO DE UNIDAD, Constitución Política del Estado Boliviano, mayo, 2007.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2010.
- BENVENISTE, Emile, *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Madrid, Taurus, 1983.
- BODIN, Jean, *Los seis libros sobre la República*, Madrid, Tecnos, 1992.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, 2003.
- CLASTRES, Pierre, *La sociedad contra el Estado*, Buenos Aires, Derramar, 2008.
- DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Otobiografías. Las enseñanzas de Nietzsche y la política del nombre propio*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009.
- DUSO, Giuseppe, *Poder: para una historia de la filosofía política moderna*, México, Siglo XXI, 2007.
- FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.



- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- LENKERSDORF, Carlos, *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolabales*, México, Siglo XXI, 2008.
- LEY 3942 DE 21 DE OCTUBRE DE 2008.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 2010.
- NEGRI, Antonio, *El poder constituyente*, Madrid, Editorial Libertarias Prodhufi, 1994.
- PROYECTO DE TEXTO CONSTITUCIONAL AJUSTADO EN EL H. CONGRESO NACIONAL, octubre de 2008, Ley 3942 de 21 de octubre de 2008.
- REPRESENTACIÓN PRESIDENCIAL PARA LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (REPAC), Constitución Política del Estado, aprobada en Grande, noviembre, 2007.
- \_\_\_\_\_, Nueva Constitución Política del Estado, versión oficial aprobada en Grande, en Detalle y en Revisión, diciembre de 2007.
- ROCHA ÁLVAREZ, Delmiro, *Dinastías en deconstrucción. Leer a Derrida al hilo de la soberanía*, Madrid, Dykinson S.L., 2011.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social y otros textos*, Madrid, Tecnos, 2000.
- SCHAVELZON, Salvador, *La Asamblea Constituyente de Bolivia: etnografía del nacimiento de un Estado plurinacional*, Río de Janeiro, Universidad Federal do Rio de Janeiro (tesis de doctorado), 2010.
- SKINNER, Quentin, *El nacimiento del Estado*, Buenos Aires, Gorla, 2003.
- SLOTERDIJK, Peter, *Normas para el parque humano*, Madrid, Siruela, 2006.
- STEFANONI, Pablo *et al.*, *Balance y perspectivas*, La Paz, Archipiélago, 2010.
- VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO, *Enciclopedia histórica documental del proceso constituyente boliviano*, t. III, vol. 1, La Paz, Vicepresidencia del Estado Boliviano, 2011.
- WALSH, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad*, Quito, Abya-Ayala, 2009.
- ZAVALETA, René, *La autodeterminación de las masas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.

### **Documentos**

Textos constitucionales de Bolivia 1826-2009.

Informes de la Comisión 1 (Visión de País) de la Asamblea Constituyente.

## **II. Ejecución, cumplimiento e implementación de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales en la región**

### **2.1. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: características específicas, efectos, cumplimiento e incumplimiento, mecanismos de supervisión**

- Lucas Sánchez de Miquel (España)  
Supervisión de la ejecución de sentencias. Un análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos
- Eduardo Vio Grossi (Chile)  
El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Edward Jesús Pérez (Venezuela)  
La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes para jurisdicciones nacionales
- Lorena Barrera Santana (México)  
Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Marcela Rita Ortiz Torricos (Bolivia)  
Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia
- Adán Maldonado Sánchez (México)  
La eficacia de la jurisprudencia interamericana en México
- Teresinha Inês Teles Pires (Brasil)  
Análise Crítica da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo et alii vs. Costa Rica*  
Planejamento reprodutivo, igualdade de gênero e liberdade religiosa

### **2.2. La eficacia de la justicia constitucional en los países de América Latina y la ejecución de sus sentencias**

- Paúl Córdova Vinuesa (Ecuador)  
Epistemología jurídica y resolución de garantías jurisdiccionales  
Un estudio de caso del cumplimiento de sentencias sobre reparación de derechos en la Corte Constitucional del Ecuador

- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)  
Incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional  
en la República Dominicana. Retos y soluciones
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)  
Maria Valentina de Moraes (Brasil)  
A margem de apreciação (nacional e do legislador)  
e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão  
dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais
- Gabino González Santos (México)  
La amenaza se hizo creíble: incidentes de inexecución de sentencia
- Alan E. Vargas (Bolivia)  
Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia
- Daniel Felipe Ospina-Celis (Colombia)  
El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia  
como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas
- João Vitor Cardoso (Brasil)  
Konstantin Gerber (Brasil)  
A Súmula Vinculante n.º 11 importa, na realidade?

Lucas Sánchez de Miquel\* (España)

## Supervisión de la ejecución de sentencias. Un análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos\*\*

### RESUMEN

Este artículo se centra en la etapa posterior a la emisión de una sentencia por parte de una corte regional de derechos humanos. En el sistema europeo de derechos humanos, el encargado de supervisar el cumplimiento de sentencias es un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, mientras que en el sistema interamericano es un órgano judicial, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. El artículo analiza las principales diferencias y desafíos relacionados con los órganos, procedimientos y mecanismos de supervisión de cumplimiento de sentencias en estos sistemas regionales, y realiza algunas propuestas para mejorar la eficacia de dicha supervisión.

**Palabras clave:** cumplimiento de sentencias, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Etappe, die auf die Verkündung eines Urteils durch einen regionalen Gerichtshof für Menschenrechte folgt. Im europäischen Menschenrechtssystem ist mit dem Ministerkomitee des Europarats ein politisches Organ für die Überwachung der Urteilsumsetzung zuständig, während sie im interamerikanischen System durch ein Justizorgan wahrgenommen wird, nämlich

---

\* Licenciado en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Participó como visitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actualmente trabaja como investigador en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg (Alemania). [sanchez@mpil.de](mailto:sanchez@mpil.de)

\*\* Artículo basado en la tesis de maestría *Die Überwachung der Urteilsvollstreckung in den regionalen Systemen des Menschenrechtsschutzes*, presentada en la Universidad de Heidelberg. El autor agradece los comentarios de Raffaella Kunz, Franz Ebert y Simon Hentrei.

den Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte. Der Artikel analysiert die wichtigsten Unterschiede zwischen den für die Überwachung der Urteilsumsetzung in den genannten regionalen Systemen verantwortlichen Organen, Verfahren und Mechanismen und die Herausforderungen, die sich daraus ergeben, und unterbreitet Vorschläge für eine wirksamere Gestaltung der Überwachung.

**Schlagwörter:** Urteilsumsetzung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

## SUMMARY

This article is focused on the stage following the issuance of a decision by a regional human rights court. In the European human rights system, responsibility for supervising compliance with decisions lies with a political organ, the Committee of Ministers of the Council of Europe, whereas in the Inter-American system, this responsibility lies with a judicial organ, the Inter-American Court of Human Rights. The article analyzes the main differences and challenges related to the organs, procedures and mechanisms for supervising compliance with decisions, and it makes some proposals for improving the effectiveness of said supervision.

**Key words:** Compliance with decisions, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights.

## Introducción

El cumplimiento de las sentencias es una piedra angular de cualquier sistema jurídico. En contraste con la jurisdicción nacional, en la internacional las sentencias normalmente no son de aplicación directa sino que deben ser implementadas en el ordenamiento jurídico interno. Este proceso, que conduce al cumplimiento, es conocido como la ejecución de las sentencias internacionales.<sup>1</sup> En los sistemas jurídicos internacionales, y particularmente en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, los casos no se cierran con la emisión de una sentencia

---

<sup>1</sup> Helen Keller y Cedric Marti, “Reconceptualizing the Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 4, 2016, p. 830; sobre la diferencia entre los términos “ejecución” y “cumplimiento”, ver Andreas von Staden, *Shaping Human Rights Policy in Liberal Democracies: Assessing and Explaining Compliance with the Judgments of the European Court of Human Rights*, Princeton, Princeton University, 2009, p. 55. Téngase en cuenta también la distinción entre los términos “ejecución”, que se refiere a los pasos que sigue un Estado para reparar las violaciones identificadas en sentencias contra el mismo, e “implementación”, que es un término más amplio y también incluye las medidas adoptadas por un Estado en respuesta a una sentencia contra otro Estado (Alice Donald y Philip Leach, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 18).

definitiva, sino que permanecen abiertos durante la llamada “fase de ejecución”,<sup>2</sup> en la cual las sentencias son transferidas de los tribunales a los órganos responsables de supervisar su ejecución.

En relación con estos sistemas regionales de derechos humanos, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen expresamente que los Estados parte “se comprometen” a acatar las sentencias de los respectivos órganos jurisdiccionales.<sup>3</sup> Además, el deber de los Estados de cumplir con sus obligaciones resultantes de un tratado internacional, incluyendo las sentencias de los tribunales internacionales, se desprende del principio *pacta sunt servanda*.<sup>4</sup> El cumplimiento rápido y satisfactorio de las sentencias es crucial no solo para la efectividad de los sistemas de protección de los derechos humanos, sino también para la legitimidad de los tribunales que emiten dichas sentencias.<sup>5</sup> No obstante, la ejecución de sentencias es considerada el “talón de Aquiles” de los sistemas regionales de derechos humanos.<sup>6</sup>

El cumplimiento de las decisiones de derechos humanos ha sido de interés en los últimos años en la literatura académica.<sup>7</sup> En este sentido, se han identificado varios factores que afectan al cumplimiento, principalmente en la esfera nacional. Entre estos factores, uno de los más importantes es la política interna del Estado en cuestión,<sup>8</sup> pero también importa su capacidad institucional, es decir, la presencia de mecanismos operativos efectivos para la reparación de violaciones de derechos

---

<sup>2</sup> Carlos Beristain, *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 119.

<sup>3</sup> CE, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1950, artículo 46, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 7-22 de noviembre de 1969, artículo 68.

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 26; Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 229.

<sup>5</sup> Dia Anagnostou y Alina Mungiu-Pippidi, “Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter”, *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 1, 2014, p. 206.

<sup>6</sup> Steven C. Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 155.

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, Christian M. de Vos y David C. Baluarte, *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, New York, Open Society Justice Foundation, 2010; Sabrina Vannuccini, “Member states’ compliance with the Inter-American Court of Human Rights’ judgments and orders requiring non-pecuniary reparations”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, núm. 7, 2014, pp. 225-244; Kjetil Mujezinović Larsen, “Compliance with judgments from the European Court of Human Rights”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 31, 2013, pp. 496-512; Christian M. de Vos, “From Rights to Remedies: Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions”, *International Yearbook of Minority Issues*, vol. 12, 2013, pp. 1-192.

<sup>8</sup> Courtney Hillebrecht, *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

humanos.<sup>9</sup> Las diversas instituciones internas, como los parlamentos,<sup>10</sup> los tribunales,<sup>11</sup> o las instituciones nacionales de derechos humanos<sup>12</sup> también tienen un papel importante en la ejecución de sentencias internacionales.

Otro aspecto que puede influir en el cumplimiento son los mecanismos de control internacional, es decir, la supervisión de cumplimiento de sentencias.<sup>13</sup> Los dos sistemas regionales de derechos humanos examinados en este texto han desarrollado diferentes formas de supervisar la ejecución de las sentencias de sus respectivos tribunales. Mientras en el sistema europeo la supervisión es llevada a cabo principalmente por un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa (CM), en el sistema interamericano esta tarea es realizada por el mismo tribunal que emite las sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La supervisión, especialmente desde una perspectiva comparada, es un aspecto que a menudo permanece fuera del foco de análisis de cumplimiento. Por ello, el objetivo de este artículo es realizar un análisis comparado de la supervisión de la ejecución de sentencias en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos. Se analizarán las principales características y desafíos de estos procesos, y se tomará en consideración lo que cada uno de estos tribunales puede aprender del otro en este ámbito.

Para llevar a cabo dicho análisis, este artículo se dividirá en cuatro secciones. En la primera serán analizadas las diferencias entre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y las de la Corte IDH. Estas diferencias están principalmente relacionadas con las reparaciones ordenadas después de determinar una violación, lo que también es de suma importancia para el proceso de supervisión. La segunda sección se centrará en los órganos institucionales que

---

<sup>9</sup> Courtney Hillebrecht, "The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System", *Human Rights Quarterly*, núm. 34, 2012, pp. 959-985. En este sentido, ver también Beristain, *op. cit.*, p. 120; Darren Hawkins y Wade Jacoby, "Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights", *Journal of International Law and International Relations*, núm. 6, 2010, pp. 35-85.

<sup>10</sup> Alice Donald y Philip Leach, "The Role of Parliaments Following Judgments of the European Court of Human Rights", en Murray Hunt, *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 59-94.

<sup>11</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor (ed.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. Ver, con otra perspectiva, Alexandra Huneus, "Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 494-533.

<sup>12</sup> Antoine Buyse, "The Court's Ears and Arms: National Human Rights Institutions and the European Court of Human Rights", en Jan Wouters y Katrien Meuwissen (eds.), *National Human Rights Institutions in Europe*, Cambridge, Cambridge Interserita, 2013, pp. 179-186.

<sup>13</sup> Para una definición de control internacional, ver Yolanda Gamarra y Alejandra Vicente, "El discreto control de los órganos políticos sobre las decisiones de las instituciones judiciales: un análisis comparado de los sistemas americano y europeo", en Pablo Antonio Fernández (coord.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Sevilla, Gandulfo Ediciones, 2010, pp. 74-78.

llevan a cabo la supervisión de la ejecución de sentencias. Aquí las diferencias están relacionadas tanto con el número de órganos que participan de forma efectiva en el proceso de supervisión como con la naturaleza de estos órganos, tal y como se mencionó. Posteriormente serán comparados los procesos de supervisión. Ambos se basan en la recopilación y evaluación de información relacionada con la ejecución de sentencias. Sin embargo, también aquí hay diferencias entre la regulación de los respectivos procedimientos y su participación y transparencia. En la última sección se analizarán los mecanismos que pueden ser utilizados por los órganos encargados de la supervisión durante estos procedimientos. Algunos de estos mecanismos son similares, como la emisión de resoluciones respecto a casos concretos. No obstante, otros mecanismos, como los “participativos” (los debates ante el CM, por un lado, y las audiencias ante la Corte IDH, por el otro) o los mecanismos para incumplimientos persistentes, difieren de forma sustancial.

El texto concluye recapitulando las principales diferencias entre los dos sistemas de supervisión y considerando los aspectos que cada uno de estos sistemas podría aprender del otro para mejorar la ejecución de sentencias y, de esta manera, aumentar también la efectividad general y la legitimidad de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Este capítulo no pretende sugerir que un sistema es mejor, o que un sistema debería adoptar los procedimientos de supervisión del otro, dado que ambos tribunales operan en contextos muy diferentes. No obstante, se resaltan algunos aspectos que podrían ser mejorados por ambas cortes inspirándose en lo que hacen sus homólogos del otro lado del Atlántico.

## 1. Las sentencias bajo supervisión

Para analizar la supervisión de la ejecución de sentencias, primeramente, es necesario tener una visión general de los objetos bajo supervisión, las sentencias del TEDH y de la Corte IDH. Ello se debe a que el contenido de estas sentencias tiene una gran influencia sobre la posterior supervisión de su ejecución. En este sentido, la principal diferencia entre las sentencias de ambos órganos judiciales reside en las reparaciones ordenadas por estas. Las sentencias del TEDH son en esencia declaratorias, de conformidad con el principio de subsidiariedad que gobierna todo el proceso.<sup>14</sup> La única referencia que se hace en el CEDH a las reparaciones relativas a violaciones de derechos humanos se encuentra en el artículo 41, de acuerdo con el cual el Tribunal puede conceder una “satisfacción equitativa” a la parte perjudicada,

---

<sup>14</sup> Ver Anne Peters y Tilmann Altwicker, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2.<sup>a</sup> ed. München, Beck, 2012, p. 286; Irene Karper, *Reformen des Europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 117-118; Philip Leach, “The European System and Approach”, en Scott Sheeran (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London, Routledge, 2013, p. 415.



pero únicamente “si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación”.<sup>15</sup> De esta manera, el objetivo primario es lograr la *restitutio in integrum*, en el caso de que ello sea permitido por el derecho nacional respectivo. No obstante, también cabe destacar que la práctica judicial del TEDH ha sido sometida a importantes cambios en las últimas décadas, en las cuales este organismo ha ido indicando cada vez más a menudo medidas individuales y generales en sus sentencias.<sup>16</sup>

Por un lado, a finales de los años noventa el TEDH empezó a ordenar medidas individuales específicas para reparar la violación.<sup>17</sup> Estas medidas individuales normalmente son indicadas en la parte argumentativa de la sentencia en forma de recomendación,<sup>18</sup> aunque en algunos casos aparecen en la parte dispositiva, convirtiéndose así en una orden vinculante.<sup>19</sup> Por el otro lado, poco después el TEDH también comenzó a indicar medidas generales en sus sentencias. Esto se produjo principalmente a través de la introducción del procedimiento de sentencias piloto, usado por primera vez en 2004.<sup>20</sup> En una sentencia piloto, el Tribunal identifica un problema sistémico y puede ordenar la adopción de medidas generales para resolverlo.<sup>21</sup> El TEDH puede indicar la adopción de estas de acuerdo con el artículo 46 del CEDH, siempre que un caso revele problemas de naturaleza sistémica, no solo en las sentencias piloto.<sup>22</sup>

<sup>15</sup> CEDH, artículo 41; ver, de forma general, Octavian Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

<sup>16</sup> Al respecto, ver Keller y Marti, *op. cit.*, p. 836; Peters y Altwicker, *op. cit.*, pp. 288-289; Philip Leach, “On the Reform of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2009, pp. 725-735.

<sup>17</sup> En 1995, ordenó por primera vez una forma específica de restitución, en el Caso Papamichalopoulos, concretamente la devolución de una propiedad (TEDH, Papamichalopoulos *et al. v. Greece* [just satisfaction], Sentencia del 31 de octubre de 1995, App. 14556/89; para profundizar, ver Wolf Okresek, “Maßnahmen für eine effiziente Durchführung der Urteile des EGMR”, en Armin Bammer (ed.), *Rechtsschutz gestern-heute-morgen*, Wien/Graz, Neuer Wiss. Verl., 2008, pp. 633-644, especialmente p. 635.

<sup>18</sup> El Tribunal, por ejemplo, indicó en el Caso Sejdovic *vs. Italia* que la reapertura de procedimientos jurídicos internos sería la medida apropiada para cumplir con su obligación (TEDH, Sejdovic *vs. Italia*, Sentencia de 10 de noviembre de 2004, App. 56581/00, párr. 55).

<sup>19</sup> Por ejemplo, en el Caso Assanidze *vs. Georgia* fue ordenada la liberación de un preso, ya que, de acuerdo con el TEDH, la naturaleza de la violación no permitía ninguna reparación distinta (TEDH, Assanidze *vs. Georgia*, Sentencia del 8 de abril de 2004, App. 71503/01, párrs. 202-203 y 14 a) de la parte dispositiva).

<sup>20</sup> TEDH, Broniowski *vs. Polonia*, Sentencia de 22 de junio de 2004, App. 31443/96, párr. 193; sobre el tema, ver Xavier-Baptiste Ruedin, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 50.

<sup>21</sup> Estatuto del TEDH, artículo 61.3. Ver también Leach, 2013, *op. cit.*, p. 416.

<sup>22</sup> Keller y Marti, *op. cit.*, p. 838; ver también Elisabeth Lambert, “The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability”, *ZaöRV*, núm. 69, 2009, pp. 471-506.

La Corte IDH, por su parte, es conocida por su rica jurisprudencia en materia de reparaciones.<sup>23</sup> De acuerdo con el artículo 63 de la CADH, el cual ofrece una base jurídica más sólida para ordenar reparaciones específicas, cuando la Corte decida que ha habido una violación de los derechos contenidos en la Convención, “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, y “si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias [...] y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. El concepto de reparación ha sido interpretado de forma muy amplia en la jurisprudencia interamericana.<sup>24</sup> Además, en contraste con el sistema europeo, la competencia de ordenar reparaciones concretas no es subsidiaria a la posibilidad de obtenerlas a nivel interno.<sup>25</sup> La parte dispositiva de las sentencias de la Corte IDH normalmente contiene una lista extensa y detallada de las medidas que el Estado debe tomar para reparar la violación. Esto significa que los Estados necesitan seguir una serie de pasos específicos para cumplir con la sentencia.

Esto es en cierta medida una respuesta a la naturaleza de las violaciones de derechos humanos tratadas por la Corte IDH, entre las que se pueden encontrar desapariciones forzosas, ejecuciones extrajudiciales, masacres y otras violaciones graves de los derechos humanos, a menudo perpetradas por regímenes autoritarios o durante conflictos internos.<sup>26</sup> Estas sentencias con frecuencia se refieren a violaciones de derechos humanos sufridas por comunidades o grupos sociales enteros. Por ello, la jurisprudencia de la Corte IDH ha tenido un gran impacto en la región y ha desencadenado muchos cambios, y el hecho de indicar medidas concretas de reparación en sus sentencias ha tenido un papel fundamental en esta tarea.<sup>27</sup> La

---

<sup>23</sup> Ver, por ejemplo, Claudio Nash, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2.ª ed., Santiago de Chile, Universidad de Chile - Centro de Derechos Humanos, 2009.

<sup>24</sup> En este sentido, ver Thomas M. Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations. The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 2008, pp. 351-419.

<sup>25</sup> Esto fue declarado por la Corte IDH en su primera sentencia de reparaciones. Ver Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, párr. 30.

<sup>26</sup> Ver Flávia Piovesan, “*Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Armin von Bogdandy et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, D. F., Editorial Porrúa, 2013, pp. 181-206; y Gamarra y Vicente, *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>27</sup> En el mismo sentido y de forma general, ver Édgar Corzo, et al. (eds.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013; Douglass Cassel, “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Armin von Bogdandy et al. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM, 2010, pp. 215-258; Ximena Soley, “The transformative dimension of inter-American jurisprudence”, en Armin von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

Corte IDH agrupa las reparaciones que ordena en seis categorías:<sup>28</sup> restitución,<sup>29</sup> rehabilitación,<sup>30</sup> satisfacción,<sup>31</sup> garantías de no repetición,<sup>32</sup> obligación de investigar, juzgar y, si procede, condenar,<sup>33</sup> y la compensación y el reembolso de costas y gastos.<sup>34</sup>

Aunque se puede observar una progresiva aproximación de la práctica relativa a las reparaciones en ambos sistemas, continúan existiendo importantes diferencias. Hasta el momento, la mayoría de sentencias del TEDH sigue siendo de naturaleza declaratoria, y le encomienda al Estado la elección de las reparaciones. Además, en caso de que indiquen reparaciones, a menudo solamente se sugiere en qué dirección deberían ir estas, o se definen a grandes rasgos, mientras que las sentencias de la Corte IDH siempre definen las reparaciones de forma muy concreta y extensa.<sup>35</sup>

Esto también tiene un amplio impacto sobre el proceso de supervisión. El primer paso de la ejecución siempre es identificar lo que la propia sentencia exige. Por ello, mientras la Corte IDH se limita a supervisar la implementación de las medidas que ordenó en la fase judicial previa, una parte importante del trabajo del CM al supervisar la ejecución está relacionada con la evaluación de medidas de reparación escogidas por el Estado correspondiente. Cuando el CM ha aceptado estas medidas, puede empezar la verdadera supervisión de su implementación.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Informe Anual de 2016*, San José, p. 72. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/espanol.pdf>.

<sup>29</sup> Esto incluye, por ejemplo, la liberación de presos o la readmisión de trabajadores. Ver, siguiendo estos ejemplos, Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177, párr. 7 de la parte dispositiva; y Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 72, párr. 7 de la parte dispositiva, respectivamente.

<sup>30</sup> Una reparación típica de esta categoría es el pago del tratamiento médico y psicológico de las víctimas. Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 211, párr. 16 de la parte dispositiva.

<sup>31</sup> Estas pueden ser, por un lado, medidas de carácter más bien simbólico, como poner a una calle el nombre de las víctimas o construir un monumento en su honor, y, por el otro, medidas que ordenan una reparación económica. Para un ejemplo de reparaciones simbólicas, ver Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101, parte dispositiva.

<sup>32</sup> Esta categoría incluye las reformas legislativas (incluso constitucionales), así como los cambios en las políticas públicas o el archivo de sentencias judiciales. Para un ejemplo emblemático en relación con las reformas legislativas, ver Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 87.

<sup>33</sup> Esta es una categoría particular del sistema interamericano. Al respecto, ver Fernando Basch, "The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers", *American University International Law Review*, vol. 23, 2007, pp. 196-229.

<sup>34</sup> Normalmente, esto es ordenado en todas las sentencias y es el tipo de reparación con la que los Estados cumplen más a menudo. Ver De Vos y Baluarte, *op. cit.*, p. 289.

<sup>35</sup> Sobre la redacción abstracta de las reparaciones ordenadas por el TEDH, ver Keller y Marti, *op. cit.*, p. 838.

Indicar las reparaciones concretas puede, además, mejorar la efectividad general del sistema de protección de los derechos humanos, ya que el margen de maniobra político se reduce drásticamente, y de esta manera se limitan las “negociaciones de cumplimiento”, que pueden conducir a un acatamiento minimalista.<sup>36</sup> También facilita la tarea de determinar el (in)cumplimiento de los Estados, ya que las medidas concretas pueden servir como puntos de referencia para los órganos de supervisión. No obstante, actualmente también ha comenzado a debatirse si la Corte IDH debería dejar un mayor margen a los Estados a la hora de elegir las reparaciones de una violación, puesto que ello podría facilitar, y de esta forma aumentar, el cumplimiento de sentencias en general.<sup>37</sup> Sin embargo, no está del todo claro si ello mejoraría la efectividad general del sistema, que va mucho más allá del índice de cumplimiento.<sup>38</sup>

## 2. Los órganos de supervisión

Algunas de las principales diferencias entre ambos sistemas están relacionadas con los órganos que llevan a cabo la supervisión, en lo que respecta tanto a la cantidad de órganos institucionales que participan en el proceso de supervisión, por un lado, como a la naturaleza de dichos órganos, por el otro. Este tipo de diferencias están vinculadas principalmente al engranaje institucional donde se sitúan ambos sistemas de protección de los derechos humanos, es decir, el engranaje del Consejo de Europa (CE) y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), respectivamente.

### 2.1. La cantidad de órganos de supervisión

En el sistema europeo, como se ha indicado, el principal órgano que lleva a cabo la supervisión, de acuerdo con el artículo 46(2) del CEDH, es el CM, un órgano político intergubernamental del CE, formado por los ministros de asuntos exteriores de cada Estado miembro, o por sus representantes.<sup>39</sup> Sin embargo, no realizan esta tarea por sí solos, ya que hay otros órganos del CE que participan en el proceso de

---

<sup>36</sup> Greer, *op. cit.*, pp. 160-161; ver también TEDH, Caso Oleksandr Volkov v. Ucrania, Sentencia del 9 de enero de 2013, App. 21722/11, párrs. 194-195.

<sup>37</sup> Otras razones están relacionadas con la posición y experiencia en el ámbito interno de los actores nacionales, que les permiten determinar las medidas de reparación más apropiadas. En este sentido ver, por ejemplo, Andreas Follesdal, “Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights?”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 359-371.

<sup>38</sup> Ver, en general, Lisa Martin, “Against Compliance”, en Jeffrey L. Dunoff y Mark A. Pollack, *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 591-612; en relación con la Corte IDH, Soley, *op. cit.*, pp. 346-348.

<sup>39</sup> Estatuto del CE, artículo 14. En la práctica, los ministros raramente están presentes; delegan sus responsabilidades en sus representantes. Para profundizar, ver Ruedin, *op. cit.*, p. 5

supervisión, como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE), el Comisario de Derechos Humanos del CE, el propio TEDH o, de manera muy importante, el Departamento para la Ejecución de Sentencias de la Secretaría del CE.

Este último órgano administrativo asiste a los Estados en la elección de las reparaciones adecuadas,<sup>40</sup> compara la información del Estado relativa a la ejecución con la de ONG o instituciones nacionales de derechos humanos,<sup>41</sup> y además hace sugerencias al CM en relación con los casos concretos, que normalmente son seguidas por los representantes.<sup>42</sup> La participación de este departamento en el proceso de supervisión fue formalizada en 2015, a través de la adopción del “Mandato del Departamento para la Supervisión de Sentencias del TEDH”.<sup>43</sup>

La PACE es otro órgano que participa activamente en la supervisión.<sup>44</sup> Las tareas de supervisión son realizadas específicamente por su Subcomité para la Supervisión de la Ejecución de Sentencias, establecido en 2015 como parte del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos. De acuerdo con el mandato de este subcomité, debe centrarse en “los casos más pertinentes de inejecución de sentencias, especialmente aquellos que señalen la existencia de problemas sistémicos o que requieran medidas individuales urgentes”.<sup>45</sup> La PACE también puede elaborar informes sobre el tema,<sup>46</sup> o llevar a cabo visitas *in situ* en Estados con problemas

<sup>40</sup> Leo F. Zwaak, “Effectiveness and Fulfillment of the Judgments on Human Rights: The Experience of the European System”, *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, p. 347.

<sup>41</sup> CE-CM, *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, adoptadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en la 964ª reunión de Representantes de los Ministros, Reglas 9.1, 9.2 y 9.3. Disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18)

<sup>42</sup> Hay algunas excepciones, especialmente en los casos políticamente sensibles. Ver, en este sentido, Başak Çali y Anne Koch, “Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe”, *Human Rights Law Rev.*, vol. 14, núm. 2, 2014, p. 318.

<sup>43</sup> CE, Mandat du Service de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de L'homme. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a997d>

<sup>44</sup> Ver, en general, Andrew Drzemczewski, “The Parliamentary Assembly’s Involvement in the Supervision of the Judgments of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, 2010, pp. 165-179; Jan Kleijssen, “The Monitoring Procedure of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly”, en Gudmundur Alfredsson *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 523-528.

<sup>45</sup> Traducción libre del artículo 2 del mandato del subcomité para la implementación de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (AS/Jur/CourDH), aprobado por el Comité el 29 de enero de 2015.

<sup>46</sup> Hasta el momento la PACE ha publicado nueve informes sobre la ejecución de sentencias del TEDH, donde se consideran los problemas de Estados concretos. Ver, por ejemplo, *Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights: 9th Report*, AS/Jur(2017)15, 18 de mayo de 2017. Disponible en: [website-pace.net/documents/19838/.../18891586-7d6c-4297-b5f7-4077636db28e](https://www.pace-net.org/documents/19838/.../18891586-7d6c-4297-b5f7-4077636db28e)

relativos a la ejecución de sentencias, para comunicar a los parlamentos nacionales sobre la situación de la ejecución de las sentencias contra su Estado y analizar junto a estos cómo avanzar al respecto.<sup>47</sup>

El propio TEDH también se ha vuelto más activo en el proceso de supervisión a través de los desarrollos en su jurisprudencia,<sup>48</sup> especialmente en el marco de los procesos piloto.<sup>49</sup> Por último, otras instituciones del CE también participan en la práctica en el proceso de supervisión, aunque ello no esté formalizado en las normas procedimentales. Por ejemplo, el Comisario de Derechos Humanos, que contacta con las instituciones nacionales de derechos humanos para obtener información sobre, entre otros aspectos, la ejecución de sentencias,<sup>50</sup> o la Comisión de Venecia, que ha elaborado informes sobre el tema.<sup>51</sup> Por lo tanto, se puede observar que hay diferentes órganos políticos, administrativos y judiciales que cooperan y se refuerzan mutuamente a lo largo de todo el proceso de supervisión.

Esto ha sido considerado por la doctrina como algo positivo, destacando que la interacción y la fecundación mutua (*cross-fertilization*) entre los diferentes órganos contribuyen a mejorar el sistema,<sup>52</sup> y permiten ejercer presión sobre el Estado desde diversos frentes. Mientras el CM practica dicha presión a nivel gubernamental, la PACE la puede ejercer a nivel parlamentario y el TEDH desde el frente judicial,<sup>53</sup> para formar así lo que se conoce como “coaliciones de cumplimiento”.<sup>54</sup> Como afirma Philip Leach, para tratar los asuntos serios relacionados con los derechos humanos “en ocasiones es necesaria una combinación de mecanismos jurídicos,

---

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo, *Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights*, texto adoptado por la Asamblea el 2 de octubre de 2006, Resolución 1516 (2006), párrafo 5. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17472&lang=en>; Committee on Legal Affairs and Human Rights, *Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights. Introductory Memorandum*, AS/Jur (2008) 24, 26 de mayo de 2008, párrafo 3; Drzemczewski, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>48</sup> Sobre este punto ver, en general, Linos-Alexander Sicilianos, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, en Anja Seibert-Fohr (ed.), *Judgments of the European Court of Human Rights*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 285-315; sin embargo, esta participación del TEDH en la supervisión de sus propias sentencias fue rechazada por el propio Tribunal por una mayoría de nueve votos contra ocho en la sentencia del Caso Moreira Ferreira v. Portugal (2) (19867/12), Sentencia del 11 de julio de 2017.

<sup>49</sup> Por ejemplo, si el Estado no cumple, puede reabrir otros casos que hubiesen sido “congelados” en el marco del procedimiento de sentencias piloto.

<sup>50</sup> Ver Thomas Hammarberg y John Dalhuisen, “The Council of Europe Commissioner for Human Rights”, en Alfredsson *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 515-521.

<sup>51</sup> Ver, por ejemplo, Comisión de Venecia, *Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, CDL-AD (2002) 34, 18 de diciembre de 2002. Disponible en: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)034-e)

<sup>52</sup> Ver, por ejemplo, Lambert-Abdelgawad, *op. cit.*, pp. 488-490; Okressek, *op. cit.*, p. 644.

<sup>53</sup> Sobre la presión parlamentaria ejercida por la PACE, ver Drzemczewski, *op. cit.*, p. 178.

<sup>54</sup> Hillebrecht, 2014, *op. cit.*, p. 25.

políticos y diplomáticos”.<sup>55</sup> Por último, la implicación de varios órganos puede ser útil para obtener información de diversas fuentes sobre el progreso de la ejecución, como por ejemplo, a través de las visitas *in situ* de la PACE o a través del comisario de Derechos Humanos.<sup>56</sup>

La CADH, por otro lado, solo menciona la ejecución de sentencias en su artículo 65, según el cual la Corte IDH debe informar a la Asamblea General de la OEA (AG) “de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, [...] los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.<sup>57</sup> De ello se deriva que la AG debería tener una mayor implicación en la fase de supervisión de cumplimiento, como se argumentará más adelante.

La Corte IDH asumió la responsabilidad de supervisar la ejecución de sentencias desde su primer fallo.<sup>58</sup> En 2003, Panamá cuestionó la competencia de la Corte para realizar dicha función. Este desafío a su autoridad permitió a la Corte IDH adoptar una decisión fundamental sobre el alcance sus propias competencias.<sup>59</sup> En dicha decisión se destaca que “la Corte, 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/Kompetenz-Kompetenz*)”.<sup>60</sup> También se refiere al principio de efectividad, señalando que si la supervisión de cumplimiento no fuese uno de los elementos que abarca la jurisdicción, “significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas”.<sup>61</sup> La reclamación de Panamá fue de esta forma rechazada, y desde entonces ningún otro país ha cuestionado la autoridad de la Corte IDH en este ámbito. Por el contrario, en la mayoría de casos, los Estados han entregado los informes solicitados por la Corte. Se ha argumentado incluso que, después de esta decisión, el cumplimiento general con las sentencias de este organismo ha aumentado considerablemente.<sup>62</sup>

El otro órgano del sistema interamericano que participa de forma efectiva en el proceso de supervisión es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

<sup>55</sup> Ver Leach, 2013, *op. cit.*, p. 408.

<sup>56</sup> Fredrik G. E. Sundberg, “Control of Execution of Decisions under the European Convention on Human Rights”, en Alfredsson *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 478-479.

<sup>57</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 65.

<sup>58</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 7, párr. 60.

<sup>59</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104; ver también Manuel E. Ventura Robles, “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de los derechos humanos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 18, Madrid, 2007, pp. 190-194; Jan Schneider, *Reparation and Enforcement of Judgments*, Berlin, 2015, pp. 206-209.

<sup>60</sup> Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Competencia, *cit.*, párr. 68.

<sup>61</sup> *Ibid.*, párr. 72.

<sup>62</sup> Ver Hawkins y Jacoby, *op. cit.*, pp. 64-65.

(CIDH).<sup>63</sup> Su principal función consiste en presentar observaciones a los informes de los Estados y a las observaciones de las víctimas sobre dichos informes, así como atender audiencias de supervisión y defender su postura en ellas.<sup>64</sup> Al ser la CIDH un órgano experto, objetivo e imparcial, y con un buen acceso a información a través de visitas *in situ* y otras fuentes, su participación puede ser importante para avanzar en el cumplimiento de ciertos casos. Sin embargo, el hecho de que tengan que emitir observaciones relativas a todos los informes estatales hace que en muchas ocasiones dichas observaciones se hayan limitado, de acuerdo con Jorge Calderón, “a resumir la posición de las partes y establecer algún tipo de valoración general sobre la información planteada” o hayan “reiterado la posición de los representantes”.<sup>65</sup> Por ello, tal vez sería conveniente limitar la participación de la CIDH a la ejecución de los casos o medidas especialmente problemáticas, de forma similar a la intervención de la PACE en el sistema europeo. Una opción sería enfocar la participación de la CIDH hacia la ejecución de las medidas generales, para lo cual tiene un mejor acceso a la información que las víctimas, ya que además son medidas que no afectan de forma directa a estas últimas.

Como se mencionó, otro órgano fundamental que debería estar implicado en el proceso de supervisión es la AG, el principal órgano político de la OEA. El artículo 65 CADH determina que la AG debe tener en cuenta la información proporcionada por la Corte IDH respecto a la ejecución de sentencias. Sin embargo, ni este artículo ni ningún otro instrumento jurídico indican qué tipo de acciones deberían ser llevadas a cabo por la AG en respuesta a la información suministrada. Por ello, el papel de este órgano en el proceso de supervisión ha resultado ser más bien problemático, como se explica a continuación.<sup>66</sup>

La participación de la AG en el proceso de supervisión tuvo un comienzo prometededor. La primera vez que la Corte IDH reenvió casos a la AG en virtud del artículo 65 fue en 1994. La Corte indicó en su *Informe Anual* de ese año que no había recibido ninguna información por parte de Surinam sobre la ejecución de dos sentencias en su contra, y solicitó a la AG que exhortase al Estado para que este presentase la información.<sup>67</sup> La AG respondió a esta demanda y, entre sus observaciones al *Informe Anual* de la Corte IDH de 1994, pide “al Gobierno de Surinam que informe a la Corte [IDH] sobre el estado del cumplimiento de las sentencias de la Corte en

---

<sup>63</sup> La participación de la Corte IDH en el proceso de supervisión está determinada en el artículo 69.1 del Reglamento de este alto tribunal.

<sup>64</sup> Al igual que en los procedimientos judiciales, la CIDH “representa al orden público” en los procedimientos de supervisión (Clara Sandoval, “The Inter-American System of Human Rights and approach”, en Sheeran, *op. cit.*, p. 431).

<sup>65</sup> Jorge Calderón, “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014, p. 111.

<sup>66</sup> Schneider, *op. cit.*, pp. 197-205.

<sup>67</sup> Corte IDH, *Informe Anual 1994*, San José, pp. 18-19.



los casos Aloeboetoe *et al.* y Gangaram Panday”.<sup>68</sup> El Estado reaccionó y los casos pudieron ser cerrados en 1997 y 1998, respectivamente. Esta fue la única ocasión en que la AG participó activamente en la supervisión. En la siguiente ocasión en la que se le requirió hacerlo, en 1998 en un caso contra Trinidad y Tobago durante cuya ejecución dicho Estado denunció la Convención,<sup>69</sup> la AG no hizo ninguna referencia concreta a ello en su resolución sobre el *Informe Anual*. Lo mismo sucedió en 1999, cuando Perú declaró que varios casos contra el gobierno de Fujimori eran inejecutables y anunció su inminente retirada del reconocimiento de la jurisdicción de la Corte.<sup>70</sup> Esto llevó en 2005 a la adopción por parte de la Corte IDH de una resolución donde declaró que, en los casos reenviados a la AG en virtud del artículo 65, abandonaría sus funciones de supervisión.<sup>71</sup> El objetivo era presionar a la AG para que se implicase más en el proceso de supervisión, pero no tuvo éxito. Entre 2003 y 2012, la Corte se rindió y dejó de aplicar el artículo 65 de la CADH para informar a la AG sobre casos de incumplimiento. No obstante, en 2012, la Corte IDH reenvió a la AG el Caso Apitz Barbera *et al. v. Venezuela*, cuyas medidas de reparación fueron consideradas como “inejecutables” por la Corte Suprema de Venezuela, lo que conllevó su posterior denuncia de la CADH.<sup>72</sup> Pese a la falta de implicación de la AG, la Corte realizó un nuevo intento en 2015, aplicando el artículo 65, para un total de 13 casos relativos a 4 países.<sup>73</sup> No obstante este reforzado ímpetu de la Corte, la única declaración de la AG relativa a la ejecución de sentencias en sus observaciones y recomendaciones sobre el *Informe Anual* de 2015 fue la frase habitual en la que indica que todas las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para los Estados que han reconocido su jurisdicción.<sup>74</sup> Este ha sido hasta el momento su último intento por implicar a la AG en el proceso de supervisión.

Esto ha sido criticado por la sociedad civil, resaltando que la responsabilidad es de los Estados miembros de la OEA, que han disminuido su función como garantes colectivos del sistema.<sup>75</sup> En este sentido, una mayor interacción entre todos los

---

<sup>68</sup> Corte IDH, *Informe Anual 1995*, p. 15.

<sup>69</sup> Corte IDH, *Informe Anual 1998*, pp. 40-41. En relación con este caso, ver también Ventura Robles, *op. cit.*, pp. 72-180.

<sup>70</sup> Robles, *ibid.*, pp. 49-50.

<sup>71</sup> Corte IDH, Resolución de 29 de junio de 2005, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general\\_29\\_06\\_05.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general_29_06_05.pdf)

<sup>72</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2012*, p. 62.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2015*, pp. 68-71.

<sup>74</sup> OEA, Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, Cuadragésimo Sexto Periodo Ordinario de Sesiones, AG/doc.5557/16, 16 de junio de 2016, p. 154. Disponible en: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=AG/DOC.&classNum=5557&lang=s>

<sup>75</sup> Ver, por ejemplo, Viviana Krsticevic, “Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos Humanos”, en Viviana Krsticevic (ed.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, pp. 15-112.

órganos de la OEA para llevar a cabo la supervisión de forma coordinada, así como un mayor diálogo entre los diferentes órganos de supervisión y otras instituciones domésticas, como parlamentos o instituciones nacionales de derechos humanos, sería una gran ventaja.

## 2.2. La naturaleza de los órganos de supervisión

La principal diferencia en relación con los órganos de supervisión reside en su naturaleza respectiva. Como se mencionó, el órgano principal de supervisión en el sistema europeo es el CM, un órgano político, mientras que en el sistema interamericano es la Corte IDH, un órgano judicial. El origen de esta diferencia se remonta a la adopción de las respectivas convenciones. Cuando la CEDH entró en vigor, en 1953, el TEDH comenzó a ejercer jurisdicción sobre un pequeño grupo de Estados de Europa occidental, comprometidos de forma similar con la democracia y el Estado de derecho.<sup>76</sup> Por el contrario, la Corte IDH entró en funcionamiento en 1979, supervisando una región en la que predominaban los regímenes autoritarios y los conflictos internos, con Estados implicados en desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas contra disidentes políticos.<sup>77</sup> Por lo tanto, los redactores de la CEDH estaban dispuestos a confiar más en los Estados parte para supervisar el cumplimiento de las sentencias del TEDH, mientras que los de la CADH probablemente tuvieron más dudas acerca de si los gobiernos de la región podían ejercer esta función de forma efectiva.

El hecho de que un órgano político sea el encargado de supervisar la ejecución de las sentencias habitualmente se considera como algo ventajoso, ya que “crea una apropiación política colectiva de los procesos de cumplimiento, proporciona una amplia gama de oportunidades para intercambios constructivos en relación con los desafíos técnicos de la implementación y ejerce presión sobre los que se niegan a cumplir”.<sup>78</sup> Sin embargo, esto también ha sido considerado como un punto débil, ya que los representantes de los Estados están inevitablemente vinculados a los intereses políticos de su Estado a la hora de llevar a cabo la supervisión. Debido a ello puede suceder que los Estados implicados en la supervisión eviten criticar a otros Estados, ya que no quieren ser objeto de críticas ellos mismos o simplemente

---

<sup>76</sup> Mikael Rask Madsen, “From Cold War Instrument to Supreme European Court: The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics”, *Law & Social Inquiry*, vol. 32, núm. 1, 2007, p. 140.

<sup>77</sup> Alexandra Huneus, “Reforming the State from Afar. Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts”, *Yale Journal of International Law*, núm. 40, 2015, p. 9; Felipe González, “Pasado, presente y futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, en Pablo Santolaya e Isabel Wences (coords.), *La América de los derechos*, Madrid, CEPC, 2016, pp. 56-59.

<sup>78</sup> Traducción libre de Çali y Koch, *op. cit.*, p. 304.

por falta de interés en las circunstancias internas de otros países.<sup>79</sup> Además, en la práctica, el proceso de supervisión puede volverse una negociación diplomática, en la cual entren en juego otros intereses de los Estados en sus respectivas relaciones que trasciendan la preocupación por la ejecución de una sentencia en concreto. Por último, este tipo de supervisión multilateral, especialmente en casos en los que no se indican medidas concretas de reparación en las sentencias, permite a los Estados moldear el significado de cumplimiento. Al hacerlo, es probable que adopten un estándar más bien deferente, ya que ello les puede beneficiar en casos futuros.<sup>80</sup>

Por esta razón, uno de los principales desafíos de este tipo de sistema de supervisión es que los actores políticos realicen sus funciones de forma objetiva e imparcial. Esto es incluso más importante, teniendo en cuenta la mencionada jurisprudencia del TEDH, en la cual no se suelen ordenar medidas concretas. En dicho caso, el CM tiene que evaluar si las medidas escogidas por el Estado son adecuadas para reparar la violación. Por ello, dicha tarea, al tener consecuencias de gran alcance, es crucial que sea desarrollada objetivamente y con independencia de los respectivos gobiernos.<sup>81</sup>

En el sistema europeo, este riesgo de politización extrema del proceso se intenta contrarrestar a través de la delegación de competencias a un órgano tecnocrático, el Departamento para la Ejecución de Sentencias del TEDH, que forma parte de la Secretaría del CE. El hecho de que este órgano asista a los Estados a la hora de determinar las medidas apropiadas y preparar un plan de acción sirve como protección ante las negociaciones para un cumplimiento mínimo.<sup>82</sup> El CM, además, habitualmente sigue las recomendaciones del Departamento para la Ejecución de Sentencias cuando ha de decidir si cerrar un caso o si llevarlo a debate en la siguiente reunión del CM.<sup>83</sup>

En relación con el sistema interamericano, tanto desde la literatura académica como desde la propia judicatura se ha argumentado que la Corte IDH solo tiene posibilidades limitadas de ejercer presión sobre los Estados para que estos cumplan con las sentencias, y que sería más sencillo ejercer dicha presión a través de la implicación política en el proceso de supervisión.<sup>84</sup> El juez Cançado Trindade, expre-

---

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 306.

<sup>80</sup> Huneeus, 2015, *op. cit.*, p. 40.

<sup>81</sup> De acuerdo con Murray Hunt, “el enfoque actual respecto a la ejecución de sentencias [del TEDH] deja demasiado espacio para discrepancias sobre lo que equivale a cumplimiento, y deja cuestiones importantes de la ejecución en manos de un proceso esencialmente político” (traducción libre de “State obligations following a Judgment of the European Court of Human Rights”, en Theodora Christou y Juan Pablo Raymond (eds.), *European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments*, London, BIICL, 2005, p. 43).

<sup>82</sup> Sundberg, *op. cit.*, p. 484.

<sup>83</sup> Çali y Koch, *op. cit.*, pp. 316-319.

<sup>84</sup> Ver, por ejemplo, James Cavallaro y Stephanie Erin Brewer, “Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court”, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Harvard Law School, núm. 09-31, 2008, pp. 783-784; Pasqualucci, *op. cit.*, p. 305; Beristain, *op. cit.*, p. 168; Corte IDH, Caso Blanco Romero

sidente de la Corte IDH, abogó por una “europeización” del proceso de supervisión durante su mandato, es decir, por un sistema en el cual la función de supervisar la ejecución de sentencias no siguiese en manos de los órganos judiciales de la OEA, sino de sus órganos políticos. Se debe destacar especialmente su propuesta de crear un nuevo órgano subsidiario en el Consejo Permanente de la OEA, cuya función sería la supervisión permanente de la ejecución de sentencias.<sup>85</sup> Sin embargo, han pasado más de diez años desde esta propuesta y no parece que en el seno de la OEA se haya avanzado en esa dirección.<sup>86</sup>

### 3. El proceso de supervisión

El proceso de supervisión no difiere de forma fundamental en ambos sistemas, en el sentido de que su objetivo consiste principalmente en la recopilación de información de diferentes fuentes relativa a la ejecución y la posterior evaluación del estado de la ejecución a la luz de dicha información.<sup>87</sup> No obstante, existen algunas diferencias importantes en la manera en que los órganos de supervisión persiguen este objetivo en términos de procedimiento, las cuales serán analizadas a continuación. Estas se refieren a la regulación del proceso, a su transparencia y a la participación de las partes y de terceros.

#### 3.1. La regulación del proceso

La primera diferencia entre los procesos de supervisión se relaciona con la regulación de los mismos. En un principio, ambos órganos desarrollaron los procesos de supervisión mediante su práctica respectiva, ya que no se encontraban regulados por ningún instrumento jurídico.<sup>88</sup> En el sistema europeo, la primera regulación del proceso fue adoptada por el CM en el año 2001, en forma de un reglamento específico para la supervisión,<sup>89</sup> el cual fue sustituido por otro en 2006 y desde en-

---

y otros vs. Venezuela, Resolución de 22 de noviembre de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi; Corte IDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 123, voto razonado del juez Manuel E. Ventura Robles.

<sup>85</sup> Ventura Robles, *op. cit.*, pp. 185-190.

<sup>86</sup> Cançado Trindade, citado en Beristain, *op. cit.*, p. 134.

<sup>87</sup> European Commission for Democracy through Law (Comisión de Venecia), *Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts*, adoptado por la Comisión de Venecia en su 100.ª sesión plenaria, párr. 74, Roma, 10-11 de octubre de 2014, CDL-AD(2014)036. Disponible en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)036-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e).

<sup>88</sup> Ver Von Staden, *op. cit.*, p. 121.

<sup>89</sup> Rules adopted by the Committee of Ministers for the application of Article 46, paragraph 2, of the European Convention on Human Rights, adoptadas el 10 de enero de 2001 (Consejo

tonces ha estado sujeto a varias reformas.<sup>90</sup> Este reglamento fue complementado en 2004 por unos métodos de trabajo para la supervisión,<sup>91</sup> que también han sido modificados en varias ocasiones.<sup>92</sup> Por el otro lado, en el sistema interamericano, la regulación del proceso de supervisión consiste, desde 2009, en un único artículo del reglamento general de la Corte IDH en lugar de un código completo.<sup>93</sup>

Esto implica que el CM está atado a una serie de reglas y pasos procesales concretos a la hora de llevar a cabo la supervisión, mientras que la Corte IDH dispone de más flexibilidad para realizar esta tarea debido a que el proceso está regulado de forma más bien corta y abstracta. Esto también es una consecuencia de la diferente naturaleza de ambos órganos de supervisión. El CM, por ser un órgano político, es más lógico que esté atado a reglas procedimentales exhaustivas para así evitar la politización y las negociaciones diplomáticas durante el proceso. Esto es diferente en la Corte IDH, pues como órgano judicial que ha tratado el caso previamente puede realizar la supervisión de forma flexible, ya que de esta manera decide qué mecanismos se ajustan mejor a cada caso concreto. Esto también abre la puerta para que la Corte IDH introduzca innovaciones procedimentales, como lo ha hecho en el pasado con las audiencias de supervisión o las visitas *in situ*.<sup>94</sup>

Hay que resaltar que en el sistema europeo continuamente se intenta mejorar el proceso de supervisión, a través de la elaboración de documentos por parte de los principales órganos del CE, como la PACE,<sup>95</sup> por organismos creados especialmente para este propósito, como el Comité Directivo de Derechos Humanos<sup>96</sup>

---

de Europa, Garantir l'efficacité de la Convention Européenne Droits de l'homme, *Recueil des textes*, 2004, pp. 85-88).

<sup>90</sup> CE-CM, Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, 2006, *op. cit.* La última reforma fue introducida en enero de 2017. Disponible en: [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=09000016806dd2a5](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016806dd2a5).

<sup>91</sup> CM, Human rights working methods, CM/Inf(2004)8 Final, 7 de abril de 2004. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf\(2004\)8&Language=lanEnglsh&Ver=final&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf(2004)8&Language=lanEnglsh&Ver=final&direct=true)

<sup>92</sup> Ver CE-CM, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights: procedure and working methods for the Committee of Ministers' Human Rights Meetings*, Anexo III, GR-H(2016)2-final, 30 de marzo de 2016. Disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016806303a9#](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806303a9#)

<sup>93</sup> Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 69.

<sup>94</sup> Para un análisis de estos mecanismos, ver la sección 4.3 de este artículo.

<sup>95</sup> Ver, por ejemplo, PACE, *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 8th Report*, 23 de junio de 2015, cit.

<sup>96</sup> Steering Committee for Human Rights (CDDH), Committee of Experts on the Reform of the Court (DH-GDR), *Securing the long-term effectiveness of the supervisory mechanism of the European Convention on Human Rights*, DH-GDR(2015)004, 20 de mayo de 2015. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/dh\\_gdr/DH-GDR\(2015\)004\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/dh_gdr/DH-GDR(2015)004_en.pdf)

o el Grupo de Sabios (*Group of Wise Persons*);<sup>97</sup> o incluso por otros organismos expertos, como la Comisión de Venecia.<sup>98</sup> Estos documentos habitualmente contienen recomendaciones para el CM y, en ocasiones, también para otros órganos o para los Estados.

### 3.2. Las etapas de los procesos de supervisión

Los procesos de supervisión empiezan en ambos sistemas cuando el respectivo tribunal emite la sentencia y esta tiene carácter firme.<sup>99</sup> En el sistema europeo, el TEDH transfiere a continuación el caso al CM para que este supervise su ejecución.<sup>100</sup> En el sistema interamericano se transfiere a la Unidad para la Supervisión del Cumplimiento de Sentencias, establecida en 2015 en la Secretaría de la Corte IDH y cuya función es exclusivamente la supervisión de la ejecución de sentencias.<sup>101</sup> En el sistema europeo, el CM necesita decidir primero si la ejecución de la sentencia será supervisada a través del procedimiento estándar o reforzado.<sup>102</sup> Todos los casos serán supervisados por medio del procedimiento estándar, a no ser que sean sentencias que requieran medidas individuales urgentes o que revelen problemas complejos o estructurales, o sentencias piloto o interestatales.<sup>103</sup> Estos casos serán supervisados a través del procedimiento reforzado.<sup>104</sup> La principal diferencia entre ambas vías es que los casos bajo el procedimiento estándar no son debatidos en las

<sup>97</sup> CM, Interim report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)88, 10 de mayo de 2006. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM%282006%2988&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInterne t=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true>

<sup>98</sup> Comisión de Venecia, CDL-AD(2014)036, *op. cit.*

<sup>99</sup> En el sistema europeo, la sentencia es definitiva –de acuerdo con el artículo 44 del CEDH– cuando es emitida por la Gran Sala o por una sala y no se solicita el recurso a la Gran Sala en un periodo de tres meses o la solicitud es rechazada. En el sistema interamericano, las sentencias de la Corte IDH siempre son definitivas.

<sup>100</sup> CEDH, artículo 46(2).

<sup>101</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2015*, p. 55.

<sup>102</sup> CM, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)37, 6 de septiembre de 2010, párr. 10. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a327f>

<sup>103</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>104</sup> El uso del procedimiento reforzado también puede ser solicitado por los Estados miembros o por el secretario general, no así por las víctimas (*Ibid.*, párr. 9). Ver también CM, *Supervision of the execution of the judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan - Outstanding issues concerning the practical modalities of implementation of the new twin track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)45 final, 7 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a3e07>

reuniones del CM; las propuestas o decisiones solo son tratadas en forma escrita. La participación del CM en esta vía se limita a la aprobación de los planes o informes de acción y a la adopción de una resolución final cuando todas las medidas necesarias hayan sido adoptadas. El Departamento para la Ejecución de Sentencias de la Secretaría del CE se encarga del resto de temas relativos a la supervisión. Esto es diferente en el procedimiento reforzado, mediante el cual un caso puede ser llevado a debate ante el CM. Este también puede emitir resoluciones interinas al respecto, que usualmente contienen sus preocupaciones relativas a la ejecución.<sup>105</sup> Por el otro lado, en el sistema interamericano, la ejecución de todos los casos se supervisa siguiendo el mismo procedimiento, ya que la cantidad de sentencias es considerablemente más pequeña que en el sistema europeo.

Después de recibir la sentencia, los órganos de supervisión solicitarán al Estado que presente información sobre su ejecución. En el sistema europeo, el Estado tendrá que presentar un plan de acción, en el cual describa las medidas que tiene intención de tomar para cumplir la sentencia –o un informe de acción, si considera que ya ha tomado todas las medidas necesarias–<sup>106</sup> en un plazo de seis meses.<sup>107</sup> En el sistema interamericano, la Corte IDH solicitará al Estado la presentación de un informe donde describa el progreso en la implementación de las reparaciones ordenadas en la sentencia. En este caso, a continuación, el informe estatal será transmitido a las víctimas y sus representantes para que formulen las observaciones que consideren oportunas. La CIDH también se posicionará, tanto en relación con el informe estatal como con las observaciones de las víctimas.<sup>108</sup> Este aspecto es diferente en el sistema europeo, en el que no se pide la opinión de las víctimas respecto a la ejecución de la sentencia, si bien el CM “considerará cualquier comunicación de la parte lesionada en relación con el pago de la justa satisfacción o a la toma de medidas individuales”.<sup>109</sup> Por lo tanto, se puede observar que en el sistema interamericano se le da un mayor peso a las observaciones de las víctimas relacionadas con la ejecución.

En cuanto a la participación de la sociedad civil y otras instituciones nacionales, algunos autores argumentan que esto todavía es un reto para ambos sistemas.<sup>110</sup> La diferencia en este sentido es que en el sistema europeo solo se permite presentar información a las ONG y a las instituciones nacionales de derechos humanos, que el CM “tendrá derecho de considerar”.<sup>111</sup> Por el contrario, en el sistema interamericano, la presentación de *amicus curiae* en el proceso de supervisión se permite

---

<sup>105</sup> Ver el apartado 4.1 de este capítulo.

<sup>106</sup> CM, CM/Inf/DH(2010)37, *op. cit.*, párrs. 13 y 14.

<sup>107</sup> *Ibid.*, párr. 12.

<sup>108</sup> Reglamento de la Corte IDH, artículo 69, párrafo 1.

<sup>109</sup> Traducción libre de la Regla 9 de Rules of the Committee of Ministers for the supervision, *op. cit.*

<sup>110</sup> Huneeus, 2015, *op. cit.*, p. 38.

<sup>111</sup> CM, Rules of the Committee of Ministers for the Supervision, *op. cit.*, Regla 9.2.

de forma general<sup>112</sup> y, además, la Corte “puede requerir” esta información de otras fuentes.<sup>113</sup> En este sentido, la Corte ha solicitado información adicional, entre otros, a la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica o al Instituto de Derechos Humanos de Chile. De este hecho puede deducirse que la participación de la sociedad civil y otras organizaciones también es mayor en el sistema interamericano, ya que no hay ninguna limitación respecto a quién puede presentar información, y la Corte puede requerir expresamente información de cualquier fuente que considere relevante. Esto es una diferencia importante, ya que la sociedad civil en general, y especialmente las instituciones nacionales de derechos humanos y las ONG, son actores convenientes para proporcionar información sobre la ejecución, debido a su posición particular que les permite tener acceso a dicha información y ejercer presión sobre el Estado.

Después de recopilar esta información de varias fuentes, los órganos de supervisión de ambos sistemas la evaluarán y emitirán un comunicado sobre el estado de la ejecución. En caso de que el CM o la Corte IDH consideren que el Estado no ha tomado todas las medidas necesarias para cumplir con la sentencia, disponen de varios mecanismos para cumplir con su función y ejercer presión sobre el Estado, como se analizará en el siguiente apartado. Una vez el órgano de supervisión correspondiente considere que el Estado ha cumplido con todos los aspectos de la sentencia, emitirá una resolución final y archivará el caso.

### 3.3. La transparencia de los procesos de supervisión

Otra diferencia importante relacionada con el procedimiento es su transparencia. Esto se refiere, por un lado, al acceso público a los documentos relevantes y, por el otro, a la publicidad de los mecanismos de supervisión. En relación con el primer aspecto, el CM pone a disposición del público todos los documentos referentes al proceso de supervisión, incluyendo el orden del día de las reuniones y la información suministrada por el Estado u otras fuentes.<sup>114</sup> Por el contrario, en el sistema interamericano, los informes estatales o las observaciones de las víctimas y de la CIDH, así como los eventuales *amicus curiae* o la información requerida por la Corte no son de acceso público, si bien algunos aspectos son mencionados en las resoluciones. En este sentido, una forma de mejorar la transparencia del proceso de supervisión sería publicar todos los documentos relacionados con dicho procedimiento, especialmente la información suministrada por el Estado, las víctimas y otras fuentes.

No obstante, desde la perspectiva de los mecanismos de supervisión, la situación es distinta. Si bien las resoluciones de los órganos de supervisión son siempre públicas, en los mecanismos “participativos” pueden observarse diferencias. Los debates del CM son siempre a puerta cerrada, mientras que las audiencias ante la Corte IDH

---

<sup>112</sup> Reglamento de la Corte IDH, artículo 44, párrafo 4.

<sup>113</sup> *Ibid.*, artículo 69, párrafo 2.

<sup>114</sup> Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/execution/submissions>.



pueden ser públicas o privadas, según el caso.<sup>115</sup> En este sentido, y pese a que pueda ser más difícil llegar a acuerdos públicamente que en privado, hacer que los debates del CM y las audiencias de la Corte sean accesibles al público sería una forma de mejorar la transparencia de los procesos de supervisión.<sup>116</sup> Dicha transparencia no solo es un elemento fundamental en el derecho internacional,<sup>117</sup> sino que además es un instrumento importante para ejercer presión sobre los Estados.<sup>118</sup>

## 4. Los mecanismos de supervisión

Los órganos de supervisión pueden utilizar varios mecanismos durante el proceso. Para efectos de la comparación se han dividido en tres categorías: resoluciones de supervisión, mecanismos “participativos” y mecanismos para el incumplimiento persistente. Normalmente, los mecanismos de estas tres categorías se aplican de forma ascendente, es decir, en primer lugar se emiten las resoluciones; a continuación, si el caso o una reparación específica presenta problemas importantes, se utilizan los mecanismos participativos; por último, en casos extremos, se pueden aplicar los mecanismos para incumplimientos persistentes.

### 4.1. Las resoluciones de supervisión

Un mecanismo que resulta bastante similar en ambos sistemas son las resoluciones emitidas por los órganos de supervisión. Estas resoluciones son adoptadas por el CM y la Corte IDH para proporcionar información sobre el progreso de la ejecución o, en ocasiones, para expresar preocupación o hacer sugerencias relativas a la ejecución. En ambos sistemas, una resolución de supervisión puede referirse a un caso o a varios contra el mismo Estado, esto último solo si las medidas ordenadas son de una naturaleza similar.<sup>119</sup> Las respectivas secretarías del CE y la Corte IDH apoyan y guían al Estado durante la fase de ejecución; sin embargo, las resoluciones de los órganos de supervisión tienen como objetivo formalizar este apoyo y hacerlo

<sup>115</sup> Cuando las audiencias son públicas, son grabadas y pueden ser visualizadas a través de la página web. Disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.html>.

<sup>116</sup> En este sentido, ver Okresek, *op. cit.*, p. 641.

<sup>117</sup> Ver, en general, Anne Peters, “Towards Transparency as a Global Norm”, en Anne Peters y Andrea Bianchi (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

<sup>118</sup> Zwaak, *op. cit.*, p. 384; Gamarra y Vicente, *op. cit.*, p. 86.

<sup>119</sup> Por ejemplo, en 2015 fueron emitidas cuatro resoluciones conjuntas en el sistema interamericano, relativas a un total de 22 sentencias (Corte IDH, *Informe Anual 2015*, p. 66). En cuanto al sistema europeo ver, por ejemplo, CM, Resolución Interina CM/ResDH(2011)292, *Execution of the judgments of the European Court of Human Rights in 154 cases against the Russian Federation concerning actions of the security forces in the Chechen Republic of the Russian Federation*, adoptada por el CM el 2 de diciembre de 2011.

público, así como destacar los problemas concretos para la ejecución, ejerciendo de esta forma presión sobre el Estado.

En este caso se trata de un mecanismo comparable debido a que, en ambos sistemas, las referidas resoluciones consisten en una evaluación, por parte de los órganos de supervisión, del progreso efectuado en la ejecución de la sentencia y de los aspectos que siguen pendientes para el cumplimiento integral. La única diferencia en este sentido es que la Corte IDH emite una resolución de cumplimiento en cada uno de los casos que están en la fase de supervisión, mientras que el CM solo emite las resoluciones interinas en los casos que están siendo supervisados bajo el procedimiento reforzado, y cuya ejecución presente problemas o preocupaciones determinadas. Esta diferencia se debe a la cantidad de casos que se encuentran bajo supervisión en ambos sistemas, cuyo número es mucho mayor en el sistema europeo.

## 4.2. Los mecanismos “participativos”

Los llamados mecanismos “participativos” son activados en ambos sistemas cuando una sentencia presenta dificultades concretas para su ejecución o cuando la sentencia revele graves problemas estructurales. Me refiero a ellos como mecanismos participativos porque en ambos sistemas el Estado afectado y otros actores –en el sistema europeo el resto de Estados parte y en el sistema interamericano las víctimas y la CIDH– participan en ellos. Estos mecanismos son, en el sistema europeo, los debates de supervisión en el CM, y en el sistema interamericano, las audiencias de supervisión ante la Corte IDH.

En los debates de supervisión del CM, el representante estatal cuyo caso es seleccionado para el debate tendrá que defender la posición del Estado al que representa y justificar su incumplimiento ante los otros miembros del CM, los cuales posteriormente discutirán el caso e intentarán llegar a una solución o alcanzar un acuerdo con el representante en cuestión. Como sucede con las resoluciones interinas, los debates en el CM solo se aplican bajo el proceso de supervisión reforzado. La principal ventaja de estos debates es que permiten al CM utilizar una de sus principales herramientas para la supervisión, concretamente, la presión diplomática.<sup>120</sup> En las audiencias de supervisión ante la Corte IDH, que fueron introducidas en el año 2007,<sup>121</sup> están presentes los representantes del Estado, de las víctimas y de la CIDH. Como se mencionó, las audiencias pueden ser llevadas a cabo en una sesión pública o privada y, de forma similar a las resoluciones, pueden afectar a un caso o a varios contra el mismo Estado. Las audiencias públicas, diseñadas como procedimientos contradictorios, son similares al resto de audiencias judiciales.<sup>122</sup> En las audiencias

---

<sup>120</sup> Ver Comisión de Venecia, *Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, CDL-AD (2002), párr. 43; Ruedin, *op. cit.*, p. 30.

<sup>121</sup> Ver Corte IDH, *Informe Anual 2007*, p. 42.

<sup>122</sup> Gamarra y Vicente, *op. cit.*, p. 97.

privadas el formato es diferente, con las partes sentadas alrededor de una mesa junto a la CIDH y la Corte IDH, y esta última hace un mayor esfuerzo por alcanzar un compromiso entre las partes. El Estado normalmente comienza explicando el progreso en la ejecución de la sentencia y a continuación esta información se contrasta con las observaciones de los representantes de las víctimas y de la CIDH al respecto. La Corte, a su vez, intenta facilitar la ejecución promoviendo acuerdos entre las partes, sugiriendo posibles alternativas o determinando plazos para la ejecución.<sup>123</sup> La ventaja de estas audiencias es que las víctimas pueden tener voz en el proceso de supervisión, es decir, pueden exponer sus observaciones sobre la ejecución al mismo nivel y bajo las mismas condiciones que el Estado. Por el contrario, en los debates del CM, ni las víctimas ni sus representantes están presentes; son celebrados a un nivel exclusivamente intergubernamental.

La Corte IDH también introdujo otro mecanismo participativo en 2015: las visitas *in situ* para la supervisión.<sup>124</sup> En algunos casos, estas visitas pueden ser muy útiles para hacer una mejor evaluación del progreso de la ejecución y para proponer posibles soluciones. Este mecanismo también empodera a las víctimas en el proceso de supervisión, ya que juegan un papel importante en las visitas, explicando y mostrando a la Corte los problemas concretos relacionados con la ejecución. Hasta ahora, este mecanismo ha sido utilizado en tres ocasiones: en casos contra Paraguay, Panamá y Guatemala relativos a comunidades indígenas.<sup>125</sup> No obstante, la introducción de este nuevo mecanismo demuestra que la Corte IDH está dispuesta a incluir mejoras en el proceso de supervisión, lo cual es posible debido a la regulación flexible de dicho proceso, como fue mencionado.<sup>126</sup>

### 4.3. Los mecanismos para el incumplimiento persistente

Los mecanismos para casos en los que el Estado incumple de forma persistente con su obligación de cumplimiento también resultan muy diferentes. En el sistema europeo, la incorporación de los párrafos 4 y 5 al artículo 46 del CEDH, que tuvo lugar en 2010 con la entrada en vigor del Protocolo 14, tiene como objetivo tratar estos casos a través de un mecanismo llamado “procedimiento de infracción”. Consiste

---

<sup>123</sup> Ver Corte IDH, *Informe Anual 2010*, pp. 4-5.

<sup>124</sup> Ver Corte IDH, *Informe Anual 2015*, p. 74.

<sup>125</sup> Las tres diligencias judiciales *in situ* realizadas hasta el momento cubren un total de seis casos. Ver al respecto Corte IDH, *Informe Anual de 2017*, pp. 74-77.

<sup>126</sup> Este mecanismo es similar a las visitas *in situ* que lleva a cabo la PACE o el Comisario de Derechos Humanos en el sistema europeo, a través de las cuales el CM puede obtener información sobre la ejecución de las sentencias. Sin embargo, la diferencia es que en el sistema interamericano, el órgano principal de supervisión es el que realiza las visitas, lo cual es más efectivo que si son hechas por un órgano subsidiario, como sucede en el sistema europeo, donde el CM está atado a un procedimiento mucho más estricto y no puede llevar a cabo las visitas él mismo sobre esto último (Ruedin, *op. cit.*, p. 81).

en un mecanismo mediante el cual el CM puede transferir al TEDH la cuestión de si un Estado ha incumplido su obligación resultante del artículo 46.1 del CEDH.<sup>127</sup> A continuación, el Tribunal determinará, en una segunda sentencia, si el Estado realmente ha violado su deber de cumplimiento.<sup>128</sup> Este mecanismo debe ser adoptado por una mayoría de dos tercios de los representantes en el CM y ser utilizado solo en casos excepcionales, por ejemplo, cuando el Estado y CM no se ponen de acuerdo sobre las medidas para cumplir con la sentencia, o cuando el Estado no puede o no quiere implementar dichas medidas.<sup>129</sup> Por ello, dicho mecanismo no fue utilizado desde su introducción en 2010 hasta diciembre de 2017, cuando el CM lo activó por primera vez en el Caso Mammadov vs. Azerbaiyán.<sup>130</sup> Hasta el momento, el TEDH aún no ha emitido la decisión relativa al incumplimiento, por lo que es demasiado temprano para saber si el uso de dicho procedimiento tendrá alguna consecuencia en el comportamiento de Azerbaiyán. Lo que ya se puede observar es que ha producido un aumento en la visibilidad y atención dirigida hacia el caso<sup>131</sup> y, de esta manera, también en la presión internacional ejercida sobre el Estado.<sup>132</sup>

La intención con este mecanismo es establecer un paso intermedio entre las resoluciones interinas y las medidas de última instancia, como la expulsión del CE.<sup>133</sup> Dicha expulsión es el último y más riguroso mecanismo para los Estados que infringen su deber de cumplir de forma permanente. De acuerdo con el artículo 8 del Estatuto del CE, el CM puede suspender provisionalmente el derecho a la representación de un Estado parte que ha violado de forma grave el artículo 3 del mismo

---

<sup>127</sup> CEDH artículo 46.4; ver también Ruedin, *op. cit.*, p. 409.

<sup>128</sup> Peters y Altwicker, *op. cit.*, p. 295.

<sup>129</sup> CE, *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 13 de mayo de 2004, párrafo 100. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d388a>.

<sup>130</sup> En este caso fue ordenada la liberación de un activista y opositor político, encarcelado en violación de sus garantías judiciales, y pese a varios requerimientos del TEDH y el CM, Azerbaiyán no ha accedido a su liberación hasta la fecha.

<sup>131</sup> Ver, por ejemplo, Julie-Enni Zastrow y Andreas Zimmermann, "Council of Europe's Committee of Ministers Starts Infringement Proceedings in Mammadov v. Azerbaijan: A Victory for the International Rule of Law?", *EJIL: talk*, 5 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/council-of-europes-committee-of-ministers-starts-infringement-proceedings-in-mammadov-v-azerbaijan-a-victory-for-the-international-rule-of-law/>; Lize R. Glas, "The Committee of Ministers goes nuclear: Infringement proceedings against Azerbaijan in the case of Ilgar Mammadov", *Strasbourg Observers*, 20 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2017/12/20/the-committee-of-ministers-goes-nuclear-infringement-proceedings-against-azerbaijan-in-the-case-of-ilgar-mammadov/>.

<sup>132</sup> En relación con la presión ejercida por la UE, ver Radio Free Europe, "EU Calls On Azerbaijan To Carry Out Reforms", 9 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.rferl.org/a/azerbaijan-eu-urges-reforms/29029950.html>.

<sup>133</sup> Déborah Forst, "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Limits and Ways Ahead", *ICL Journal*, vol. 7, 2013, p. 16; Schneider, *op. cit.*, p. 180.

Estatuto,<sup>134</sup> y puede solicitar su retirada en virtud el artículo 7. Si el Estado no cumple con esta solicitud, el CM “puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo”.<sup>135</sup> Se argumenta, sin embargo, que esto sería más bien una medida contraproducente, ya que los Estados afectados por estas medidas serían en realidad los que más necesitarían la disciplina del CE.<sup>136</sup> Por esa razón, parece difícil que este mecanismo llegue a ser utilizado por el CM. No obstante, se considera que la mera existencia de estos mecanismos, así como la amenaza de usarlos, pueden ser un incentivo para la ejecución de sentencias.<sup>137</sup>

Por otro lado, en el sistema interamericano, el último y más severo mecanismo para los Estados que violan de forma constante su deber de cumplimiento es la aplicación del artículo 65 de la CADH para informar a la AG sobre dicha circunstancia. Como se mostró, este es un mecanismo algo problemático, ya que la AG no lleva a cabo ninguna acción jurídica o política cuando se le informa sobre los casos de incumplimiento.<sup>138</sup> El mecanismo ha sido utilizado en varias ocasiones, todas ellas sin éxito.<sup>139</sup> Por ello, la posibilidad o la amenaza de utilizarlo no tiene ninguna influencia sobre el comportamiento de los Estados, ya que son conscientes de que la aplicación del artículo 65 no tendrá consecuencias para ellos.

## Conclusiones

Como ha sido demostrado a lo largo de este artículo, la supervisión de la ejecución de sentencias en los sistemas regionales de derechos humanos analizados difiere considerablemente. En ese sentido, la principal diferencia se encuentra en la naturaleza política de los órganos, procesos y mecanismos de supervisión en el sistema europeo, y la naturaleza judicial de los mismos en el sistema interamericano. Esto resulta evidente cuando se comparan, por ejemplo, los mecanismos “participativos” de supervisión, es decir, los debates en el CM entre los representantes estatales y las audiencias de supervisión ante la Corte IDH. Los primeros son similares a los

---

<sup>134</sup> El artículo 3 del Estatuto contiene la obligación de acuerdo con la cual cada Estado miembro debe aceptar el principio “en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

<sup>135</sup> Estatuto del Consejo de Europa, artículo 8.

<sup>136</sup> Philip Leach, “The Effectiveness of the Committee of Ministers in supervising the enforcement of judgments of the European Court of Human Rights”, *Public Law*, núm. 3, 2006, p. 448.

<sup>137</sup> *Idem*; ver también Ruedin, *op. cit.*, p. 416.

<sup>138</sup> En este sentido, ver también Natalia Urbina, “El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016”, *Revista IIDH*, vol. 65, enero-junio de 2017, pp. 329-373, especialmente pp. 347-353.

<sup>139</sup> Con la notable excepción de la primera vez, como fue explicado anteriormente; ver apartado 2.1 de este artículo.

debates políticos entre representantes estatales que se producen en cualquier organización internacional, mientras que los segundos pueden ser considerados como una continuación del proceso judicial. También han sido señalados otros aspectos que difieren, tales como la regulación del proceso de supervisión o la participación y su transparencia.<sup>140</sup>

En conclusión, el artículo ha demostrado que ninguno de los dos sistemas de supervisión es perfecto, y que hay varios aspectos en que los sistemas regionales de derechos humanos podrían inspirarse en su contraparte para mejorar dicha supervisión. Por ejemplo, a partir de la observación de la práctica de su homólogo, el sistema europeo podría mejorar la importante participación de las víctimas y de terceros en el proceso de supervisión. Como se explicó anteriormente, las víctimas juegan un papel central en el sistema interamericano, al ser la supervisión un proceso contradictorio donde ellas están presentes durante todo el transcurso del mismo.<sup>141</sup> Por otro lado, en el sistema europeo, la participación permitida a las víctimas se limita a la presentación de observaciones, que pueden ser consideradas por el CM. Lo mismo sucede con terceros; únicamente las ONG e instituciones nacionales de derechos humanos pueden presentar *amicus*, no así otras personas o colectivos interesados en el cumplimiento, ni la academia. Además, el CM no puede requerir directamente la información, debe esperar a que las víctimas o las ONG la presenten de forma voluntaria. Para hacer el proceso de supervisión más participativo se podría, por ejemplo, exigir que las víctimas presenten observaciones en casos que impliquen medidas individuales que les afecten de forma directa, o requerir información a la sociedad civil o a ciertos órganos estatales cuando se trate de medidas generales, tales como reformas legislativas o de políticas públicas.

En el sistema interamericano probablemente se necesita una mayor participación política para ejercer presión sobre los Estados que se nieguen de forma persistente a cumplir con su obligación de ejecutar las sentencias de derechos humanos. Como se explicó, esto debería ocurrir a través de la Asamblea General de la OEA, de acuerdo con la CADH. Sin embargo, esto no estaría exento de problemas. Uno de ellos se desprende del hecho que no todos los Estados de la OEA –y por lo tanto no todos los Estados que conforman la AG– han ratificado la CADH y han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH. No obstante, todos los Estados miembros de la OEA tienen derecho a voto en los asuntos que afectan al sistema interamericano en la AG. La consecuencia de ello es que, en el caso de una participación efectiva de la AG en el proceso de supervisión, los Estados podrían ser controlados por otros Estados que no son parte de la CADH y, por lo tanto, en este sentido no están sometidos a ningún tipo de control.<sup>142</sup> Entonces, no sería un procedimiento de control mutuo,

---

<sup>140</sup> Ver apartado 4 de este artículo.

<sup>141</sup> En este sentido, ver Huneus, 2015, *op. cit.*, p. 37, (“lacking strong tools to ensure implementation, perhaps the Court instead seeks to provide justice through voice in the process”).

<sup>142</sup> En este sentido, ver Beristain, *op. cit.*, 133-134.

como lo es en el sistema europeo. Una posible solución para este problema sería la creación de un nuevo órgano político en la estructura institucional de la OEA, formado únicamente por representantes de los Estados que estén sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH y cuya función sea explícitamente encargarse de la supervisión en los casos problemáticos. Esta propuesta no significa que la Corte IDH debería abandonar sus funciones de supervisión; el nuevo órgano político solamente complementarí­a el trabajo hecho por la Corte en los casos en que el Estado muestre alguna resistencia. No obstante, la última palabra estaría en manos de la Corte IDH, debido a su imparcialidad y experticia, así como a la naturaleza de la tarea, ya que la determinación de si una sentencia ha sido cumplida de forma completa y efectiva es una decisión más judicial que política.

## Bibliografía

- ANAGNOSTOU, Dia y Alina MUNGIU-PIPIDI, “Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter”, *European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 1, 2014.
- ANTKOWIAK, Thomas M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations. The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 2008, pp. 351-419.
- BASCH, Fernando, “The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States’ Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers”, *American University International Law Review*, vol. 23, 2007, pp. 196-229.
- BERISTAIN, Carlos, *Diálogos sobre la reparación: qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- BUYSE, Antoine, “The Court’s Ears and Arms: National Human Rights Institutions and the European Court of Human Rights”, en Jan WOUTERS y Katrien MEUWISSEN (eds.), *National Human Rights Institutions in Europe*, Cambridge Intersectia, 2013, pp. 179-186.
- CALDERÓN, Jorge, “Fortalecimiento del rol de la CIDH en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias y planteamiento de reparaciones ante la Corte IDH”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2014.
- ÇALI, Başak y Anne KOCH, “Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe”, *Human Rights Law Rev.*, vol. 14, núm. 2, 2014.
- CASSEL, Douglass, “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Armin VON BOGDANDY, et al. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México, UNAM, 2010.

- CAVALLARO, James y Stephanie ERIN BREWER, "Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: the Case of the Inter-American Court", *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, Harvard Law School, núm. 09-31, 2008.
- CE, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo, 4 de noviembre de 1950.
- \_\_\_\_\_, Mandat du Service de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a997d>
- \_\_\_\_\_, *Rapport explicatif du Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 13 de mayo de 2004. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERM-PublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d388a>
- CE-CM, *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*, 10 de mayo de 2006. Disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18).
- \_\_\_\_\_, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights: procedure and working methods for the Committee of Ministers' Human Rights Meetings*, Anexo III, GR-H(2016)2-final, 30 de marzo de 2016. Disponible en: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016806303a9#](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806303a9#)
- CM, Human rights working methods, CM/Inf(2004)8 Final, 7 de abril de 2004. Disponible en: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf\(2004\)8&Language=lanEnglish&Ver=final&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Inf(2004)8&Language=lanEnglish&Ver=final&direct=true)
- \_\_\_\_\_, Interim report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)88, 10 de mayo de 2006. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM%282006%2988&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true>
- \_\_\_\_\_, *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)37, 6 de septiembre de 2010. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a327f>
- \_\_\_\_\_, *Supervision of the execution of the judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan - Outstanding issues concerning the practical modalities of implementation of the new twin track supervision system*, CM/Inf/DH(2010)45 final, 7 de diciembre de 2010. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a3e07>



- \_\_\_\_\_, Resolución Interina CM/ResDH(2011)292, *Execution of the judgments of the European Court of Human Rights in 154 cases against the Russian Federation concerning actions of the security forces in the Chechen Republic of the Russian Federation*, adoptada por el CM el 2 de diciembre de 2011.
- COMISIÓN DE VENECIA, *Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, CDL-AD (2002).
- \_\_\_\_\_, *Opinion on the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights*, CDL-AD (2002) 34, 18 de diciembre de 2002. Disponible en: [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)034-e)
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José, 7-22 de noviembre de 1969.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 23 de mayo de 1969.
- CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 7.
- \_\_\_\_\_, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 72.
- \_\_\_\_\_, Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Reparaciones y Costas, Serie C.
- \_\_\_\_\_, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101.
- \_\_\_\_\_, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre 2004, Reparaciones, Serie C núm. 116.
- \_\_\_\_\_, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 11 de marzo 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 123.
- \_\_\_\_\_, Caso Kimel vs. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 177.
- \_\_\_\_\_, Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala, Sentencia de 24 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 211.
- \_\_\_\_\_, Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, Resolución de 22 de noviembre de 2011, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250.
- \_\_\_\_\_, Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 284.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 1994*, San José.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 1995*.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 1998*.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 2007*.

- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 2010*.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 2012*.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 2015*.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual de 2016*, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/espanol.pdf>
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual de 2017*. San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>
- \_\_\_\_\_, Resolución de 29 de junio de 2005, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, Aplicabilidad del artículo 65 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general\\_29\\_06\\_05.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general_29_06_05.pdf)
- CORZO, Édgar *et al.* (eds.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- DE VOS, Christian M. y David C. BALUARTE, *From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, New York, Open Society Justice Foundation, 2010.
- DE VOS, Christian M., "From Rights to Remedies: Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions", *International Yearbook of Minority Issues*, vol. 12, 2013.
- DONALD, Alice y Philip LEACH, "The Role of Parliaments Following Judgments of the European Court of Human Rights", en Murray HUNT, *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- \_\_\_\_\_, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew, "The Parliamentary Assembly's Involvement in the Supervision of the Judgments of the Strasbourg Court", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 28, 2010, pp. 165-179.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Comisión de Venecia), *Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in Domestic Law and the Role of Courts*, adoptado por la Comisión de Venecia en su 100.<sup>a</sup> sesión plenaria, Roma, 10-11 de octubre de 2014, CDL-AD(2014)036. Disponible en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)036-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)036-e)
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- FØLLESDAL, Andreas, "Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights?", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 359-371.
- FORST, Déborah, "The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: Limits and Ways Ahead", *ICL Journal*, vol. 7, 2013.
- GAMARRA, Yolanda y Alejandra VICENTE, "El discreto control de los órganos políticos sobre las decisiones de las instituciones judiciales: un análisis comparado

- de los sistemas americano y europeo”, en Pablo Antonio FERNÁNDEZ (coord.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Sevilla, Gandulfo Ediciones, 2010.
- GLAS, Lize R., “The Committee of Ministers Goes Nuclear: Infringement Proceedings Against Azerbaijan in the Case of Ilgar Mammadov”, *Strasbourg Observers*, 20 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://strasbourgobservers.com/2017/12/20/the-committee-of-ministers-goes-nuclear-infringement-proceedings-against-azerbaijan-in-the-case-of-ilgar-mammadov/>
- GONZÁLEZ, Felipe, “Pasado, presente y futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, en Pablo SANTOLAYA e Isabel WENCES (coords.), *La América de los derechos*, Madrid, CEPC, 2016.
- GREER, Steven C. *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- HAMMARBERG, Thomas y John DALHUISEN, “The Council of Europe Commissioner for Human Rights”, en Gudmundur ALFREDSSON, *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms: Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden, Nijhoff, 2009.
- HAWKINS, Darren y Wade JACOBY, “Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, *Journal of International Law and International Relations*, núm. 6, 2010, pp. 35-85.
- HILLEBRECHT, Courtney, “The Domestic Mechanisms of Compliance with International Human Rights Law: Case Studies from the Inter-American Human Rights System”, *Human Rights Quarterly*, núm. 34, 2012, pp. 959-985.
- \_\_\_\_\_, *Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The problem of compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- HUNEEUS, Alexandra, “Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s Struggle to Enforce Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, vol. 44, 2011, pp. 494-533.
- \_\_\_\_\_, “Reforming the State from Afar. Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts”, *Yale Journal of International Law*, núm. 40, 2015.
- HUNT, Murray, “State obligations following a Judgment of the European Court of Human Rights”, en Theodora CHRISTOU y Juan Pablo RAYMOND, (eds.), *European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments*, London, BIICL, 2005.
- ICHIM, Octavian, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- KARPER, Irene, *Reformen des Europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- KELLER, Helen y Cedric MARTI, “Reconceptualizing the Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *European Journal of International Law*, vol. 26, núm. 4, 2016.
- KLEIJSSSEN, Jan, “The Monitoring Procedure of the Council of Europe’s Parliamentary Assembly”, en Gudmundur ALFREDSSON, *et al.* (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, Nijhoff, Leiden, 2009.

- KRSTICEVIC, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos Humanos”, en Viviana KRSTICEVIC, (ed.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.
- LAMBERT, Elisabeth, “The Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights: Towards a Non-coercive and Participatory Model of Accountability”, *ZaöRV*, núm. 69, 2009, pp. 471-506.
- LEACH, Philip, “The effectiveness of the Committee of Ministers in supervising the enforcement of judgments of the European Court of Human Rights”, *Public Law*, núm. 3, 2006, pp. 443-456.
- \_\_\_\_\_, “On the Reform of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, vol. 14, 2009, pp. 725-735.
- \_\_\_\_\_, “The European System and Approach”, en Scott SHEERAN, (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London, Routledge, 2013.
- MADSEN, Mikael Rask, “From Cold War Instrument to Supreme European Court: The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics”, *Law & Social Inquiry*, vol. 32, núm. 1, 2007.
- MARTIN, Lisa, “Against Compliance”, en Jeffrey L. DUNOFF y Mark A. POLLACK, *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- MUJEZINOVIĆ Larsen, Kjetil, “Compliance with Judgments from the European Court of Human Rights”, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 31, 2013, pp. 496-512.
- NASH, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago de Chile, Universidad de Chile - Centro de Derechos Humanos, 2009.
- OEA, Declaraciones y Resoluciones Aprobadas por la Asamblea General, Cuadragésimo Sexto Periodo Ordinario de Sesiones, AG/doc.5557/16, 16 de junio de 2016. Disponible en: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=AG/DOC.&classNum=5557&lang=s>
- OKRESEK, Wolf, “Maßnahmen für eine effiziente Durchführung der Urteile des EGMR”, en Armin BAMMER, (ed.), *Rechtsschutz gestern-heute-morgen*, Wien/ Graz, Neuer Wiss. Verl., 2008.
- PACE, *Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights*, texto adoptado por la Asamblea el 2 de octubre de 2006, Resolución 1516 (2006). Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17472&lang=en>
- \_\_\_\_\_, *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights. Introductory memorandum*, AS/Jur (2008) 24, 26 de mayo de 2008.
- \_\_\_\_\_, *Implementation of judgments of the European Court of Human Rights: 8th Report*, AS/Jur(2015)17, 23 de junio de 2015. Disponible en: <http://website-pace.net/documents/19838/1085720/20150623-ImplementationJudgements8-EN.pdf/67c5cb2a-3032-4183-9f3e-45c668257ede>

- PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- PETERS, Anne y Tilmann ALTWICKER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2<sup>nd</sup> ed., München, Beck, 2012.
- PETERS, Anne, "Towards Transparency as a Global Norm", en Anne PETERS y Andrea BIANCHI (eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- PIOVESAN, Flávia, "Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en Armin VON BOGDANDY, et al. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, México, D. F., Editorial Porrúa, 2013, pp. 181-206.
- RADIO FREE EUROPE, "EU Calls On Azerbaijan To Carry Out Reforms", 9 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.rferl.org/a/azerbaijan-eu-urgereforms/29029950.html>
- RUEDIN, Xavier-Baptiste, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2009.
- SANDOVAL, Clara, "The Inter-American System of Human Rights and approach", en Scott SHEERAN, (ed.), *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, London, Routledge, 2013.
- SCHNEIDER, Jan, *Reparation and Enforcement of Judgments*, Berlin, 2015.
- SICILIANOS, Linos-Alexander, "The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR", en Anja SEIBERT-FOHR, (ed.), *Judgments of the European Court of Human Rights*, Baden-Baden, Nomos, 2014.
- SOLEY, Ximena, "The transformative dimension of inter-American jurisprudence", en Armin VON BOGDANDY, et al. (eds.), *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- SUNDBERG, Fredrik G. E., "Control of Execution of Decisions under the European Convention on Human Rights", en Gudmundur ALFREDSSON, et al. (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanisms*, 2<sup>nd</sup> ed., Leiden, Nijhoff, 2009.
- TEDH, Papamichalopoulos et al. v. Greece (just satisfaction), Sentencia del 31 de octubre de 1995, App. 14556/89.
- \_\_\_\_\_, Assanidze vs. Georgia, Sentencia del 8 de abril de 2004, App. 71503/01.
- \_\_\_\_\_, Broniowski vs. Polonia, Sentencia de 22 de junio de 2004, App. 31443/96.
- \_\_\_\_\_, Sejdic vs. Italia, Sentencia de 10 de noviembre de 2004, App. 56581/00.
- \_\_\_\_\_, Caso Oleksandr Volkov v. Ucrania, Sentencia del 9 de enero de 2013, App. 21722/11.
- \_\_\_\_\_, Caso Moreira Ferreira v. Portugal, Sentencia del 11 de julio de 2017, (2) (19867/12).

- URBINA, Natalia, “El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016”, *Revista IIDH*, vol. 65, enero-junio de 2017, pp. 329-373.
- VANNUCCINI, Sabrina, “Member States’ Compliance with the Inter-American Court of Human Rights’ Judgments and Orders Requiring Non-Pecuniary Reparations”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, núm. 7, 2014, pp. 225-244.
- VENTURA, Manuel E., “La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de los derechos humanos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 18, Madrid, 2007.
- VON STADEN, Andreas, *Shaping Human Rights Policy in Liberal Democracies: Assessing and Explaining Compliance with the Judgments of the European Court of Human Rights*, Princeton, Princeton University, 2009.
- ZASTROW, Julie-Enni y Andreas ZIMMERMANN, “Council of Europe’s Committee of Ministers Starts Infringement Proceedings in Mammadov v. Azerbaijan: A Victory for the International Rule of Law?”, *EJIL: talk*, 5 de febrero de 2018. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/council-of-europes-committee-of-ministers-starts-infringement-proceedings-in-mammadov-v-azerbaijan-a-victory-for-the-international-rule-of-law/>
- ZWAAK, Leo F., “Effectiveness and Fulfillment of the Judgments on Human Rights: The Experience of the European System”, *Revista IIDH*, vol. 46, 2007.

**Eduardo Vio Grossi\* (Chile)**

## **El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos\*\***

### **RESUMEN**

Este texto da cuenta de lo que el autor de estas notas entiende que constituye la concepción general del control de convencionalidad, según este ha sido elaborado y aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al amparo sea de su competencia contenciosa, sea de su competencia consultiva o no contenciosa.

**Palabras clave:** control de convencionalidad, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

In seinem Beitrag legt der Autor seine Meinung über die allgemeine Konzeption der Kontrolle der Vertragskonformität dar, wie sie der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen seiner doppelten Kompetenz – Rechtsprechung und Begutachtung – entwickelt und umgesetzt hat.

**Schlagwörter:** Kontrolle der Vertragskonformität, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Begutachtungskompetenz.

---

\* Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

\*\* Este artículo es una adaptación de la ponencia presentada en el marco de la celebración de los 40 años de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En general, corresponde a lo expresado en parte del voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, 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 de 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 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

## ABSTRACT

This text gives an account of what the author of these notes understands to be the general conception of the control of conventionality, as developed and applied by the Inter-American Court of Human Rights, whether exercised under its adversarial, advisory or non-adversarial jurisdiction.

**Key words:** Control of conventionality, Inter-American Court of Human Rights, advisory jurisdiction

## 1. Antecedentes

### 1.1. Jurisprudencia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha referido en muchas ocasiones al control de convencionalidad.<sup>1</sup> Y, así, ha ido progresivamente

---

<sup>1</sup> En este sentido, ver *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154; *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; *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 169; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 186; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 213; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 214; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 217; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 218; *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; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220; *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 227; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233; *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238; *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246; *Caso Masacres de Río Negro vs.*



precisando los términos de esta institución que ha emergido a su amparo. Sin embargo, ha sido en una resolución concerniente a la supervisión del cumplimiento de sentencia donde se explaya sobre el tema<sup>2</sup> y lo hace en los siguientes términos:

Se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.<sup>3</sup>

Y añade:

Es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sen-

---

Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 252; Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 253; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 259; Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 260; Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 271; Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 273; Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 275; Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 276; 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; 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, y Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 285; Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 312; Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú, Sentencia de 22 de junio de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 314; Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330, párr. 93; Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21; Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22.

<sup>2</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

<sup>3</sup> *Ibid.*, párrafo 65.

tencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional.<sup>4</sup>

## 1.2. Concepto

Visto lo transcrito, el tema atingente al control de convencionalidad ciertamente se inserta, entonces, en la relación entre el derecho interno o nacional y el derecho internacional. Ello considerando, por una parte, que este último no regula todas las materias e incluso en cuanto a algunas, cuando lo hace, no las regula en su totalidad y, por la otra, que consecuentemente aún subsiste, como elemento central de la estructura jurídica internacional –aunque no con la misma intensidad y amplitud de antaño– la institución denominada dominio reservado o jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado<sup>5</sup> o, como se le conoce en otras latitudes, margen de apreciación.<sup>6</sup> Esta realidad implica que un asunto deja de ser de dicha jurisdicción en la medida en que es regido por el derecho internacional y es precisamente por ello que la mencionada relación tiene distinta respuesta según si el asunto se resuelve a nivel interno o en el ámbito internacional, en particular, en lo atingente a sus efectos.

Así, entonces, el control de convencionalidad consiste, en definitiva, en la comparación de una norma o práctica nacional con lo dispuesto por la Convención, a los efectos de determinar la compatibilidad de aquella con esta y, en consecuencia, de la preeminencia de una respecto de la otra en el evento de contradicción entre ambas y, obviamente, la respuesta dependerá de si la proporciona un órgano del pertinente Estado parte de la Convención de manera previa a la intervención de la Corte o si es esta la que la emite con posterioridad o cuando aquel no ha realizado el mencionado control.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, párrafo 67.

<sup>5</sup> “La cuestión de si un asunto determinado corresponde o no a la jurisdicción exclusiva del Estado, es una cuestión esencialmente relativa, la que depende del desarrollo de las relaciones internacionales. En el estado actual del desarrollo del derecho internacional, la Corte es de opinión que los asuntos relativos a la nacionalidad pertenecen, en principio, a ese dominio reservado” (Corte Permanente de Justicia Internacional, Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B, núm 4, p. 24.

<sup>6</sup> Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, artículo 1: “A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit: Affirmant qu’il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d’une marge d’appréciation, sous le contrôle de la Cour Européenne des Droits de l’Homme instituée par la présente Convention”.

## 2. Control de convencionalidad previo realizado por el Estado

### 2.1. Fundamento

Como observación preliminar, es necesario destacar que norma internacional alguna –sea convencional, consuetudinaria o principio general de derecho, por ende, incluida la Convención– establece la supremacía, en la esfera interna del Estado, del derecho internacional por sobre el derecho nacional correspondiente. De allí que es dable concluir que en lo referente a la preeminencia, en el ámbito nacional, del derecho internacional sobre el derecho interno del Estado, precisamente por no estar regulado por aquel, se estima que integra la esfera del dominio reservado o de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado.<sup>7</sup>

En esta perspectiva es preciso llamar la atención –de conformidad con la citada resolución sobre cumplimiento de sentencia– acerca de que el control de convencionalidad debe ser ejercido por las autoridades estatales, por una parte, estando “sujetas al imperio de la ley y, por ello [...] obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”; por la otra, “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Así, entonces, la Corte recuerda que dichas autoridades “también están sometidas al tratado”, es decir que lo están tanto respecto del derecho interno como de este último.

Tal vez lo expuesto explica, al menos en parte, que, en la práctica, es sobre la base de lo que dispongan las respectivas constituciones de los Estados como sus órganos se pronuncian acerca de la relación, en el ámbito doméstico, del derecho internacional y el derecho nacional correspondiente. En definitiva, la constitución de cada Estado resuelve el asunto sobre las relaciones en el ámbito interno entre el derecho internacional y el derecho nacional correspondiente.

Y precisamente eso es lo que acontece en los 20 Estados parte de la Convención que han reconocido la competencia de la Corte. En efecto, siguiendo en general la doctrina monista sobre dichas relaciones, algunas de sus constituciones les otorgan a los tratados, constitucionalmente<sup>8</sup> y de acuerdo con la interpretación que de ella han hecho sus máximos tribunales, un valor, sea “legal”<sup>9</sup> (el mismo que las leyes), sea “infraconstitucional” o “supralegal”<sup>10</sup> (una jerarquía superior a la ley, pero inferior a

---

<sup>7</sup> *Supra*, notas 5 y 6.

<sup>8</sup> En lo sucesivo, las referencias a artículos que se hacen por los Estados lo son a sus respectivas constituciones.

<sup>9</sup> Barbados, Preámbulo y artículo 1; Trinidad y Tobago, artículo 2.

<sup>10</sup> Argentina, artículo 75, inciso 22; Brasil, artículo 5; Ecuador, artículo 163; El Salvador, artículo 144; Guatemala, artículo 46; Haití, artículo 276.2; Honduras, artículo 18; Nicaragua, artículo 46.

la constitución), mientras otras constituciones le conceden a las normas relativas a los derechos humanos un valor “constitucional”<sup>11</sup> y aun “supraconstitucional”.<sup>12</sup>

En suma, es en mérito de que se entiende que la Convención se incorpora al ordenamiento jurídico interno del correspondiente Estado parte, que los órganos estatales correspondientes deben interpretarla y aplicarla como integrante de este último y, por ende, en armonía con el mismo, conforme a la jerarquía que le asigna la respectiva constitución. En tal eventualidad, la fuente de la obligación de interpretar y aplicar la Convención es aquella y no esta última u otra fuente de derecho internacional.

Es menester resaltar, a este efecto, en tanto comentario adicional y como consecuencia de lo recién expuesto, que el control de convencionalidad no sería únicamente aplicable en lo que respecta a la Convención, sino también a todos los otros tratados vigentes en el Estado de que se trate.

## 2.2. Jurisprudencia

Sobre el control de constitucionalidad que debe efectuar el Estado en forma previa al que eventualmente realice la Corte, ella ha expresado:

En situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.<sup>13</sup>

## 2.3. Comentarios

Lo que la jurisprudencia de la Corte afirma, entonces, es que en el evento de que un Estado parte de la Convención no lo sea de un caso sometido a ella, de cualquier

---

<sup>11</sup> Argentina, artículo 75, inciso 22; Bolivia, artículo 13.IV y 14. III; Colombia, artículo 93; Chile, artículo 5, inciso 2; México, artículo 133; Panamá, artículo 17; Paraguay, artículo 142; Perú, Disposiciones finales y transitoria cuarta; República Dominicana, artículo 74.3; Uruguay, artículo 6; Venezuela, artículo 23 (denunció la Convención).

<sup>12</sup> Bolivia, artículo 257., I y II; Costa Rica, artículo 7.

<sup>13</sup> Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, cit., párrafo 56.

manera todos sus órganos deben realizar el pertinente control de convencionalidad “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Sin embargo, en parte alguna de la jurisprudencia de la Corte se indica, de manera expresa y sin margen de duda, que, en caso de discrepancia, divergencia o contradicción entre la constitución o alguna norma del Estado de que se trate y la Convención, “todos” los “órganos” estatales, “incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, deben hacer prevalecer la primera por sobre lo que disponga la segunda; la jurisprudencia tampoco se ha referido, consecuentemente, a la preeminencia de una sobre la otra en esa eventualidad. La Corte no ha hecho un llamado, en ese hipotético caso, a desconocer la constitución estatal.

Se reitera que lo sostenido por la Corte es, en cambio, por una parte, “que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”;<sup>14</sup> por la otra, que, en ese marco, deben “velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales”;<sup>15</sup> sin señalar, empero, cómo deben alcanzar ese objetivo.

En suma, lo que la Corte expresa es que la Convención debe ser aplicada e interpretada como parte del derecho interno del correspondiente Estado y por su órgano competente, mas no indica que el control de convencionalidad deba hacerse en contra de lo que disponga el ordenamiento jurídico interno ni tampoco señala que no le pueda corresponder, en última instancia –tal como acontece con el control de constitucionalidad– al tribunal de más alta jerarquía del Estado o a uno especializado, como son los tribunales constitucionales.

Afirmado lo anterior, el problema se presenta en aquellas situaciones donde el pertinente órgano estatal hace prevalecer la norma interna, que puede ser incluso la propia Constitución del Estado, por sobre lo que dispone la Convención, violando de ese modo alguna obligación internacional convencional. En el evento de que dicho órgano estatal ampare su actuar en el texto constitucional, no ejercerá en realidad el control de convencionalidad sino más bien el de constitucionalidad, cuyo objeto es garantizar la supremacía de la constitución sobre toda otra norma.

Es entonces factible afirmar que, en el evento de que la Convención contradiga lo dispuesto en la constitución, obviamente y en definitiva, generalmente se hará prevalecer esta por sobre aquella o, en otras palabras, el control de constitucionalidad por sobre el de convencionalidad, acorde, por lo demás, con el sistema jerarquizado que caracteriza a las sociedades nacionales y, por ende, a sus ordenamientos jurídicos.

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrafo 66.

<sup>15</sup> *Ibid.*

Igualmente, también se puede sostener que, habida cuenta de que el control de convencionalidad por parte de los órganos del respectivo Estado no se encuentra regulado por el derecho internacional sino que, incluso, este lo deja en el ámbito del derecho nacional correspondiente –es decir en el dominio reservado o de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva de aquel–,<sup>16</sup> lo afirmado precedentemente es válido incluso en lo que se refiere a los Estados que unilateralmente han aceptado la supremacía de la Convención en su derecho nacional, o el carácter vinculante, respecto de su jurisprudencia, incluso la que emana de casos en los que no han sido partes. Ello, puesto que tales Estados también lógicamente y unilateralmente podrían, siempre al amparo de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva,<sup>17</sup> modificar su constitución o la norma interna de que se trate, a fin de despojar a la Convención de la referida superioridad.

En la misma perspectiva, se puede afirmar que el control de convencionalidad por parte de órganos del Estado es más bien de carácter preventivo, esto es, conforma más bien una obligación de comportamiento, cual es la de “velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales”, y no de resultado, como sería si se exigiera que en el evento de contradicción entre la norma interna y la Convención, el correspondiente órgano estatal debería hacer prevalecer, en el orden jurídico interno y a todo evento, lo prescrito en esta última.

El control de convencionalidad realizado por un órgano del Estado es, se reitera, de carácter preventivo puesto que si decreta la supremacía de la Convención por sobre lo que establezca alguna norma de su derecho interno, evitará, por lo general, que se recurra ante la Corte por tal motivo. Por el contrario, si resuelve que el ordenamiento jurídico nacional prevalece sobre lo contemplado en la Convención, asumirá el riesgo de que el asunto pueda ser llevado al sistema interamericano de los derechos humanos y que, consecuentemente, la Corte pueda declarar la responsabilidad internacional del Estado.

Ahora bien, lo sostenido podría inducir a pensar que el control de convencionalidad efectuado en el correspondiente Estado no sería, en rigor, útil o necesario. Sin embargo, se debe indicar que dicho mecanismo ha desempeñado, y de seguro lo continuará haciendo, un relevante e insustituible rol, en especial en lo que concierne a la incorporación de la Convención al derecho interno. Y es que ha permitido socializar entre los agentes estatales la idea de que deben procurar la aplicación de la Convención como parte de su propio ordenamiento jurídico, y ello en vista de no hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

---

<sup>16</sup> *Supra*, notas 5 y 6.

<sup>17</sup> *Ibid.*

### 3. Control de convencionalidad realizado por la Corte

#### 3.1. Consideración preliminar

Con relación a esta materia, lo primero que se debe recordar es que en el ordenamiento jurídico internacional no existe una jerarquía de las fuentes autónomas, esto es, ninguna norma establece que un tratado prima sobre otro o que el tratado prevalece sobre la costumbre o esta sobre aquel, o uno y otra sobre los principios generales de derecho, como, por el contrario, acontece en el ordenamiento jurídico nacional, en donde la constitución se encuentra en la cúspide de la jerarquía, seguida de las leyes, sean orgánicas, de *quorums* especiales u ordinarios, decretos, resoluciones, instructivos y, finalmente, los contratos. Lo que sí considera el derecho internacional es una prelación en la utilización de sus fuentes autónomas y que algunas de sus normas, no todas, son *jus cogens*,<sup>18</sup> por lo que su modificación resulta más exigente. De suerte, entonces, que en el ordenamiento jurídico internacional no existe un cuerpo normativo con un valor similar al que detenta la constitución en el ordenamiento jurídico nacional.

La Convención, consecuentemente, tampoco tiene una jerarquía superior a otros tratados. No hay, entonces, norma internacional alguna que establezca la supremacía, en el ámbito internacional, de un cuerpo normativo internacional por sobre otros.

Por tal razón, la Corte realiza el control de convencionalidad, no para garantizar, en el ámbito internacional, la supremacía de la Convención sobre otros tratados, sino para, siempre en dicha esfera, hacer valer o proclamar su obligatoriedad por parte de sus correspondientes Estados parte.

Ahora bien, la Corte puede realizar el control de convencionalidad en dos situaciones: en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa, y en el de su competencia contenciosa.

#### 3.2. Normas aplicables

Teniendo en cuenta lo señalado, se puede sostener que el control de convencionalidad que efectúa la Corte tiene su fundamento en las normas internacionales de carácter general que se explican a continuación.

---

<sup>18</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 53: “Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

### 3.2.1. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*

Las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que sirven de fundamento al control de convencionalidad ejercido por la Corte son, principalmente: el artículo 26, que consagra el principio *pacta sunt servanda*;<sup>19</sup> la primera frase del artículo 27, que establece la improcedencia de invocar el derecho interno para dejar de cumplir lo pactado,<sup>20</sup> y el artículo 31.1, que establece, como regla fundamental, la interpretación de los tratados de acuerdo con la buena fe, los términos del tratado, el contexto de los mismos y el objeto y fin de aquel.<sup>21</sup>

Por lo tanto, de conformidad con la citada Convención, que, por lo demás, codifica el derecho consuetudinario y que es aplicable a los tratados entre Estados,<sup>22</sup> es decir, en el ámbito internacional, ellos deben ser interpretados considerando que sus Estados parte los han suscrito y ratificado libremente, y han comprometido su honor en su cumplimiento, aun cuando eventualmente podrían contradecir lo dispuesto en su derecho interno. Asimismo, lo prescrito por la citada Convención importa que la interpretación de los tratados debe hacerse empleando simultánea y armoniosamente los cuatro elementos contemplados para ello, vale decir que la voluntad de los contratantes se expresa en la intención de celebrarlos en los términos de uso corriente en que lo hacen, salvo que le otorguen a estos un sentido especial, en concordancia con el contexto de tales términos y teniendo en cuenta el objeto y fin de los tratados de que se trate. Ninguno de estos elementos debe ser ni ignorado ni sobrevaluado. Todos son igualmente necesarios para una correcta interpretación del tratado de que se trate. No se puede prescindir ni privilegiar a ninguno de ellos. Ellos deben ser empleados armoniosamente.

### 3.2.2. *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos preparados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas*

El segundo grupo de normas que sirven de sustento al control de convencionalidad que realiza la Corte son las consuetudinarias, relativas a la responsabilidad

<sup>19</sup> *Ibid.*, artículo 26. “*Pacta sunt servanda*’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>20</sup> *Ibid.*, artículo 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

<sup>21</sup> *Ibid.*, artículo 31.1.: “Regla general de interpretación. I. 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”.

<sup>22</sup> *Ibid.*, artículo 1: “Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados”.



del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.<sup>23</sup> Tales artículos establecen que todo hecho ilícito acarrea responsabilidad para el correspondiente Estado,<sup>24</sup> que la ilicitud consiste en una acción u omisión atribuible a este último y que viola una obligación internacional según el derecho internacional,<sup>25</sup> con prescindencia de lo que establezca su derecho interno,<sup>26</sup> y que la responsabilidad la contrae el Estado por el comportamiento de cualquiera de sus órganos.<sup>27</sup>

Estas normas, al igual que las anteriores, también son aplicables en lo que respecta al control de convencionalidad de todo tratado y no únicamente de la Convención.

### 3.3. Control de convencionalidad y competencia no contenciosa o consultiva

#### 3.3.1. Competencia consultiva o no contenciosa

De acuerdo con el artículo 64 de la Convención,<sup>28</sup> la Corte tiene la competencia no contenciosa o consultiva, en virtud de la cual los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) pueden consultarla, sea acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados relativos a la protección de los

---

<sup>23</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Anexo a la Resolución A/RES/56/83 de 12 de diciembre de 2001.

<sup>24</sup> *Ibid.*, artículo 1: “Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”.

<sup>25</sup> *Ibid.*, artículo 2: “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.

<sup>26</sup> *Ibid.*, artículo 3: “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

<sup>27</sup> *Ibid.*, artículo 4: “Comportamiento de los órganos del Estado 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

<sup>28</sup> *Ibid.*, artículo 1: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. // 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

derechos humanos en los Estados, sea acerca de la compatibilidad entre sus respectivas leyes y los mencionados instrumentos internacionales.

Nótese, por una parte, que la facultad de requerir una opinión consultiva le es reconocida por la Convención a todos los Estados miembros de la OEA y no únicamente a los Estados parte de aquella; por la otra, que el correspondiente requerimiento puede versar tanto sobre la interpretación de la misma u otros tratados de derechos humanos como acerca de la compatibilidad de las correspondientes leyes internas de tales Estados con aquellos convenios internacionales.

También pueden recabar una opinión consultiva de la Corte en lo que les compete, los órganos principales de la OEA indicados en el capítulo X de su Carta.<sup>29</sup>

En otras palabras, las opiniones consultivas de la Corte proceden para requerimientos de más Estados y órganos internacionales y en más casos que lo se contempla para otras instancias jurisdiccionales internacionales.<sup>30</sup>

Ahora bien y por lo señalado, las opiniones consultivas tienen ciertas características que las diferencian de las sentencias. Por el momento, no son de obligatorio cumplimiento o vinculantes, como, por lo demás, su propia denominación lo indica.<sup>31</sup> Ello es así, no solo porque, de lo contrario, no existiría diferencia con los fallos, sino porque, además, en el procedimiento relativo a las opiniones consultivas no hay partes, de donde se desprende que sería del todo injusto que una resolución de la Corte fuese obligatoria para los que no han comparecido ante ella ni han sido demandados o interpelados. Por otra parte, en la hipótesis de que se estimara que las opiniones consultivas fuesen obligatorias para todos los Estados, no solo el derecho de defensa se vería muy seriamente afectado, sino que los Estados que no son parte

---

<sup>29</sup> Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948, reformada por el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967, Capítulo VII: "Artículo 53. La Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de: // a) La Asamblea General; // b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; // c) Los Consejos; // d) El Comité Jurídico Interamericano; // e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; // f) La Secretaría General; // g) Las Conferencias Especializadas, y // h) Los Organismos Especializados. // Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios".

<sup>30</sup> Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos de América, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, artículo 96: "1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. // 2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades".

<sup>31</sup> Salvo que el respectivo Estado unilateralmente le asigne obligatoriedad, como podría desprenderse de la decisión de la Sentencia 0421-S-90 de la Sala Constitucional de Costa Rica que señaló que la jurisprudencia de la Corte "tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada".

de la Convención serían sometidos a la jurisdicción de la Corte, lo que escapa del todo de lo que establece la propia Convención.

Empero, lo anterior no implica que las opiniones consultivas de la Corte no tengan especial relevancia. En efecto, su trascendencia radica precisamente en que, sobre la base de su autoridad moral e intelectual, la Corte, mediante ellas, ejerce un control de convencionalidad preventivo, esto es, les indica a los Estados que han reconocido su competencia contenciosa que, de no ajustar su conducta a la interpretación que ella hace de la Convención, se arriesgan a que, sometido un caso a su conocimiento y resolución que tenga relación con dicho proceder, declare la responsabilidad internacional del respectivo Estado. Y a los demás Estados, les proporciona una orientación para el pleno y cabal respeto de los derechos humanos que se comprometieron a respetar, sea por ser parte de la Convención, sea porque lo son de otros instrumentos jurídicos internacionales.

### 3.3.2. *Jurisprudencia*

Ha expresado la Corte:

Al afirmar su competencia, el Tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, en virtud de la cual y a diferencia de lo dispuesto para otros tribunales internacionales, se encuentran legitimados para solicitar opiniones consultivas la totalidad de los órganos de la OEA enumerados en el Capítulo X de la Carta y los Estados Miembros de la OEA, aunque no fueran partes de la Convención. Otra característica de la amplitud de función se relaciona con el objeto de la consulta, el cual no está limitado a la Convención Americana, sino que, como ya se mencionó, alcanza a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y, además, se concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de solicitar opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.<sup>32</sup>

Ahora bien, en la Opinión Consultiva OC-24/17, la Corte:

estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado

---

<sup>32</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, párrafo 23.

realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección al medio ambiente y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.<sup>33</sup>

### 3.3.3. *Comentarios*

De esa forma, la Corte ha precisado el alcance del control de convencionalidad en una situación que no había previsto hasta ahora, cual es, en el ejercicio de su competencia consultiva o no contenciosa.

Y, en especial, ha precisado que el efecto preventivo difiere del que tiene el control de convencionalidad realizado por el Estado, dado que el realizado por la Corte a través de una opinión consultiva goza de un cierto grado de certeza del que carece aquel. Obviamente, dicha certeza no es total o definitiva, habida cuenta que la jurisprudencia puede variar, pero que, en todo caso, reposa, como se señaló, en la autoridad de la Corte, expresada en la sabiduría, imparcialidad y justicia que deben emanar de sus pronunciamientos. La función judicial consiste, en esta perspectiva, más en convencer que en imponer.

## 3.4. Control de convencionalidad y competencia contenciosa

### 3.4.1. *Competencia contenciosa*

El control de convencionalidad en esta hipótesis ocurre en los casos en que, al existir discrepancia entre lo dispuesto por la Convención y lo previsto en la constitución u otra norma o práctica interna del pertinente Estado, el respectivo órgano estatal hace prevalecer, en el orden interno, a esta última por sobre aquella.

---

<sup>33</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párrafos 26 y 27.

En esa eventualidad, tal control se lleva a cabo sobre la base del carácter complementario y coadyuvante que la jurisdicción interamericana tiene respecto de la nacional,<sup>34</sup> lo que se expresa en el cumplimiento del previo agotamiento de los recursos internos<sup>35</sup> o, en otras palabras, luego de que el correspondiente Estado ha tenido la oportunidad de ejercer su propio control de convencionalidad.

### 3.4.2. Normas aplicables

En relación con el control de convencionalidad ejercido en el ámbito de la competencia contenciosa de la Corte,<sup>36</sup> las normas específicas de la Convención que pueden ser invocadas al efecto son: 1) la que dispone que los Estados parte de la Convención se comprometen a respetar y hacer respetar los derechos humanos;<sup>37</sup> 2) la que establece la obligación de ellos de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos;<sup>38</sup> 3) la que alude al contenido de la sentencia que emita;<sup>39</sup> 4) la que

---

<sup>34</sup> CADH, Preámbulo, párrafo 2: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos?”.

<sup>35</sup> *Ibid.*, artículo 46.1.a): “Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

<sup>36</sup> *Ibid.*, artículo 62.3: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

<sup>37</sup> *Ibid.*, artículo 1: “1. 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. //2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

<sup>38</sup> *Ibid.*, artículo 2: “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades”.

<sup>39</sup> *Ibid.*, artículo 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

concierna al valor de cosa juzgada de la misma;<sup>40</sup> 5) la que consagra su obligatoriedad para el Estado parte en el caso de que se trate<sup>41</sup> y, por último, 6) la pertinente a lo que ocurre si no cumple con el fallo.<sup>42</sup>

### 3.4.3. *Jurisprudencia*

Indudablemente, teniendo en cuenta las referidas normas, la Corte, en la resolución de cumplimiento de sentencia citada, ha indicado:

Quando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, artículo 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

<sup>41</sup> *Ibid.*, artículo 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.// 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

<sup>42</sup> *Ibid.*, artículo 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 68.

### 3.4.4. Comentarios

Sobre el particular, procede resaltar que la Corte, en los casos en que ha considerado que alguna norma o acto del Estado es violatorio de lo prescrito en la Convención, no ha señalado que ella tiene preeminencia en la esfera nacional sobre lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, sino que ha dispuesto que el Estado debe “dejar sin efecto” el respectivo acto violatorio de la misma<sup>44</sup> o debe asegurarse de que la norma interna “no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones”<sup>45</sup> o que “debe modificar su ordenamiento jurídico interno”<sup>46</sup> o que debe garantizar que la norma contraria a la Convención “no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos”.<sup>47</sup>

Pero, todo ello en vista de que el correspondiente Estado deje de incurrir en un ilícito internacional y cese, consecuentemente, su responsabilidad internacional. Ubica, pues, en el dominio reservado o ámbito de la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, la manera o forma de dar cumplimiento a la obligación de resultado determinada en el pertinente fallo, consistente en que la norma nacional o la acción del órgano estatal no impida el cabal cumplimiento de lo dispuesto por la Corte y, en consecuencia, por la Convención, a lo que, se reitera, el Estado parte de la Convención se ha comprometido libre y solemnemente.

Por lo tanto, y al tenor de lo contemplado en las reproducidas normas y la evocada jurisprudencia de la Convención, la Corte realiza el ejercicio del control de convencionalidad conforme a su artículo 62.3., aplicando e interpretando en tanto tratado,<sup>48</sup> vale decir, como un acuerdo entre Estados por el que contraen obligaciones exigibles entre ellos,<sup>49</sup> entre las que se encuentran la de permitir que personas o

<sup>44</sup> Ver 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.

<sup>45</sup> Ver Corte IDH, Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 328.

<sup>46</sup> Ver 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.

<sup>47</sup> Ver Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.

<sup>48</sup> *Ibid.*, artículo 2.1.a): “Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

<sup>49</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 1: “Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados”.

grupos de personas o entidades no gubernamentales<sup>50</sup> puedan originar el procedimiento que, en definitiva, conduzca a la intervención de los órganos internacionales que establece<sup>51</sup> y, en lo que tiene relación con la Corte, por así demandarlo algún Estado o la Comisión.<sup>52</sup>

Por otra parte, y como asimismo se deduce claramente de las normas tanto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ellas no tienen por propósito otorgarle a esta última, sea en el orden jurídico doméstico, sea en el internacional, una determinada jerarquía, sino simplemente establecer que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado parte deben ser aplicadas e interpretadas en el ámbito internacional, vale decir, en el marco de sus relaciones con los otros Estados parte y exigibles en ese ámbito, también por personas o grupos de personas o entidades no gubernamentales. Adicionalmente, la Convención dispone que si la legislación nacional no garantiza los derechos que la Convención reconoce, sus Estados parte deben adoptar las medidas que procedan para que ello acontezca.

En razón de lo reseñado, resulta que la preeminencia en la esfera internacional del derecho internacional y de la Convención por sobre toda norma del derecho interno, es evidente e indiscutible por tratarse esta última de un instrumento internacional, esto es, acordado entre Estados y obligatorio en sus relaciones recíprocas en asuntos que conciernen a las relaciones entre el Estado y las personas sujetas a su jurisdicción y que, consecuentemente, han dejado de integrar la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva o del margen de apreciación de aquel.<sup>53</sup>

Pues bien, el control de convencionalidad por parte de la Corte procede, como ya se consignó, en el evento de que la Comisión estime que lo resuelto por el Estado infringe la Convención, sea por no haber efectuado el control de convencionalidad, sea porque, habiéndolo hecho, hizo prevalecer su constitución u ordenamiento jurídico interno por sobre lo estipulado en aquella. En tal hipótesis, y acorde con lo previsto en el artículo 63.1 de la Convención,<sup>54</sup> la Corte así lo debe señalar en la sentencia, ordenando que se garantice el goce del derecho conculcado y se reparen las consecuencias. De esa forma, la Convención recoge lo que establecen las

---

<sup>50</sup> CADH, artículo 44: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

<sup>51</sup> *Ibid.*, artículo 33: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y  
b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

<sup>52</sup> *Ibid.*, artículo 61.1: “Solo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

<sup>53</sup> *Supra*, notas 5 y 6.

<sup>54</sup> *Supra*, nota 41.



normas consuetudinarias sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.<sup>55</sup> Cabe señalar que en las sentencias de la Corte normalmente se contemplan, además del restablecimiento del derecho violado y la obligación de no repetición, la mayoría de las formas de reparación previstas en la normas consuetudinarias sobre la materia, es decir, la *restitutio in integrum*, la indemnización y la satisfacción. En suma, la Corte IDH, al cumplir lo dispuesto en la norma convencional, hace efectiva, en última instancia, la responsabilidad internacional del Estado parte en el caso que conoce.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 68 de la Convención,<sup>56</sup> el fallo dictado en el ejercicio del control de convencionalidad ejercido por la Corte ante un caso contencioso que le ha sido sometido es obligatorio para el Estado parte del caso en

---

<sup>55</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Anexo a la Resolución A/RES/56/83 de 12 de diciembre de 2001, artículo 29: “Continuidad del deber de cumplir la obligación. Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada”.

Artículo 30: “Cesación y no repetición. El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: // a. A ponerle fin, si ese hecho continúa; // b. A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”.

Artículo 31: “Reparación. 1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito. // 2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.

Artículo 34: “Formas de reparación. La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo”.

Artículo 35: “Restitución. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución: // a. No sea materialmente imposible; // b. No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización”.

Artículo 36: “Indemnización. 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. // 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”.

Artículo 37: “Satisfacción. 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización. // 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. // La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable”.

Artículo 38: “Intereses. 1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado. // 2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago”.

<sup>56</sup> *Supra*, nota 43.

que se dicta y únicamente respecto de este. En cambio, no lo es para otros casos que le sean sometidos referentes al mismo Estado ni tampoco para los demás Estados parte de la Convención que han aceptado su jurisdicción, pero que no han sido partes del caso de que se trate. Ninguna norma internacional dispone que la sentencia de la Corte tenga efectos vinculantes más allá del Estado parte del correspondiente caso. La Convención sigue así la misma orientación de otros tribunales internacionales.<sup>57</sup> En consecuencia, tampoco su jurisprudencia es vinculante para Estados no partes del caso que falla, todo ello salvo *que* un Estado, unilateralmente, así lo establezca en su derecho interno,<sup>58</sup> lo que solo lo vincularía a él.

Igualmente, y de conformidad con lo que establece el citado artículo 68 de la Convención, el Estado parte en el caso respecto del que falla es el que debe cumplir la sentencia correspondiente, de suerte que esta no se puede ejecutar en el territorio de aquel sin su consentimiento o participación. La Corte no fue concebida ni es un órgano supranacional, es decir, con la facultad de dictar resoluciones directamente aplicables o exigibles en sus Estados parte, sin la intervención del Estado afectado; para eso se requiere siempre la participación de este último. Y es así en mérito de que norma alguna le concede a la Corte dicha facultad; por el contrario, la Convención también sigue, sobre este particular, la regla general aplicable a los tribunales internacionales.<sup>59</sup>

Por último, es de resaltar que cuando la Asamblea General de la OEA es informada por la Corte del incumplimiento de la sentencia por el Estado parte del caso en que se pronuncia, este último deja de ser un asunto de la esfera jurisdiccional, pasando a serlo de la política, en donde los señalados Estados del sistema interamericano de derechos humanos deben adoptar las medidas, ciertamente de orden diplomático, que estimen procedentes.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 59: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Convention Européenne des Droit de l’Homme, article 46.1.: “Les Hautes Parties contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties”.

Statut de la Cour Africaine de Justice y des Droits de l’Homme, articles 46 y 3: “Force obligatoire et exécution des décisions. 1. La décision de la Cour n’est obligatoire que pour les parties en litige. [...] 3. Les parties doivent se conformer aux décisions rendues par la Cour dans tout litige auquel elles sont parties, et en assurer l’exécution dans le délai fixé par la Cour”.

<sup>58</sup> Podría ser el caso de Costa Rica, en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia afirmó, en su Sentencia 0421-S-90, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana “tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada”.

<sup>59</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos (modificado por el Protocolo de reforma 14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010), artículo 46.1: “Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

<sup>60</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convención Europea de Derechos Humanos, modificado por el Protocolo de reforma

Procede advertir, sin embargo, que aun en esa posibilidad y dado que la Corte, acorde con sus normas reglamentarias, supervisa el cumplimiento de la sentencia de que se trate,<sup>61</sup> puede resultar que su cumplimiento vuelva a la esfera nacional o continúe en ella.

De lo afirmado se colige que el control de convencionalidad efectuado por la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa se asemeja más a la idea de control de constitucionalidad existente en el orden interno, en la medida en que efectivamente persigue y se sustenta en la obligatoriedad, en la esfera internacional, de la Convención para los Estados partes que han aceptado la competencia de aquella. Esto es, no tiene el carácter de preventivo que caracteriza al control de convencionalidad previo que realiza algún órgano del Estado o el que la Corte efectúa en el ámbito de su competencia consultiva o no contenciosa, puesto que lo que la Corte resuelve –de acuerdo con los artículos 67 y 68 de la Convención, es decir, de acuerdo con su competencia contenciosa– es definitivo e inapelable, además de obligatorio para el Estado parte del caso. El efecto del control de convencionalidad realizado por la Corte es, pues, en el ámbito internacional, de carácter vinculante.

En definitiva, pues, el cumplimiento de las sentencias de la Corte y el sistema de responsabilidad internacional por su incumplimiento se insertan en la actual estructura jurídica internacional, en la que aquellas carecen de fuerza vinculante directa en los Estados parte de la Convención que han reconocido su competencia, y en la que la Corte tampoco tiene competencia, por ende, para ejecutar o hacer cumplir lo que resuelve. De allí que el incumplimiento de sus resoluciones puede devenir, en último término, tal como se expresó, en un asunto político o diplomático, escapando así de la esfera propiamente judicial.

Sin duda, el control de convencionalidad ejercido bajo el amparo de la competencia contenciosa de la Corte es de utilidad para –como ella misma lo ha señalado– “aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes,

---

14, que entró en vigor el 1 de junio de 2010, artículo 46.2.: “La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

<sup>61</sup> Reglamento de la Corte IDH, artículo 69: “Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal. // 1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes. // 2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos. // 3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión. // 4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes. // 5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión”.

incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”.<sup>62</sup> Empero, también es verdad que aún no se cumple del todo ese objetivo, habida cuenta de que de los 203 fallos de fondo que ha dictado la Corte, si bien 25 han sido archivados por cumplimiento total de lo fallado, 168 se encuentran bajo el sistema de supervisión de sentencias por no haberseles dado cumplimiento total, y otros 15 han sido informados a la Asamblea General de la OEA en aplicación del artículo 65 de la Convención.<sup>63</sup>

## Conclusiones

En síntesis, entonces, el control de convencionalidad, tal cual ha sido concebido y aplicado por la Corte, no consagra el establecimiento de la supremacía de la Convención en el ordenamiento jurídico interno de los Estados parte de ella. Tampoco proclama la obligatoriedad de las sentencias de la Corte ni, por ende, de su jurisprudencia, para los Estados que no han sido partes de los casos respecto de los que aquellas han sido dictadas. En cambio, lo que la Corte proclama es que todos esos Estados, al haberse comprometido libremente a aplicar la Convención, deben realizar el control de convencionalidad correspondiente a efectos de procurar cumplir con esa obligación y evitar así, eventualmente, incurrir en responsabilidad internacional. Asimismo, ella señala que en el evento de emitir una opinión consultiva, lo que allí exprese, aunque no es obligatorio para los Estados partes de la Convención y menos aún para los demás Estados, sirve de orientación para ellos, de suerte que no corran el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. En lo que respecta al control de convencionalidad realizado en un caso contencioso, ella sostiene que evidentemente lo que resuelve es obligatorio, pero únicamente para el Estado parte del mismo y solo respecto de dicho caso.

De modo que el control de convencionalidad no pretende resolver el clásico problema de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, y menos aún intenta desempeñar el rol que el control de constitucionalidad ejerce en el ámbito nacional. Tan solo procura, hasta donde sea posible, facilitar o favorecer, no imponer, la aplicación de la Convención en la esfera interna. Su inclusión, por ende, en la jurisprudencia de la Corte ha tenido por objetivo facilitar el oportuno y pleno respeto del derecho internacional de los derechos humanos y, consecuentemente, también del derecho internacional general.

---

<sup>62</sup> *Supra*, nota 5.

<sup>63</sup> Corte IDH, *Informe anual 2016*, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/espanol.pdf>.

## Bibliografía

- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Anexo a la Resolución A/RES/56/83 de 12 de diciembre de 2001.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena, 23 de enero de 1969.
- CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162.
- \_\_\_\_\_, Caso Boyce y otros *vs.* Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 169.
- \_\_\_\_\_, Caso Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 186.
- \_\_\_\_\_, Caso Radilla Pacheco *vs.* México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209.
- \_\_\_\_\_, Caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 213.
- \_\_\_\_\_, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 214.
- \_\_\_\_\_, Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215.
- \_\_\_\_\_, Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216.
- \_\_\_\_\_, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs.* Bolivia, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 217.
- \_\_\_\_\_, Caso Vélez Loor *vs.* Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 218.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220.
- \_\_\_\_\_, Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.

- \_\_\_\_\_, Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 227.
- \_\_\_\_\_, Caso López Mendoza *vs.* Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.
- \_\_\_\_\_, Caso Fontevecchia y D' Amico *vs.* Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238.
- \_\_\_\_\_, Caso Atala Riffo y Niñas *vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 239.
- \_\_\_\_\_, Caso Furlan y Familiares *vs.* Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 246.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de Río Negro *vs.* Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 250.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 252.
- \_\_\_\_\_, Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) *vs.* Guatemala, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 253.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacre de Santo Domingo *vs.* Colombia, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 259.
- \_\_\_\_\_, Caso Gelman *vs.* Uruguay, Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Mendoza y otros *vs.* Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 260.
- \_\_\_\_\_, Caso Gutiérrez y Familia *vs.* Argentina, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 271.
- \_\_\_\_\_, Caso García Cruz y Sánchez Silvestre *vs.* México, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 273.
- \_\_\_\_\_, Caso J. *vs.* Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 275.
- \_\_\_\_\_, Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Surinam, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 276.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, Caso Rochac Hernández y otros *vs.* El Salvador, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 285.

- \_\_\_\_\_, Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, Sentencia de 29 de febrero de 2016, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 312.
- \_\_\_\_\_, Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú, Sentencia de 22 de junio de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 314.
- \_\_\_\_\_, Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 328.
- \_\_\_\_\_, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330.
- \_\_\_\_\_, *Informe anual 2016*, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/espanol.pdf>
- \_\_\_\_\_, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A, núm. 21.
- \_\_\_\_\_, Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A, núm. 22.
- \_\_\_\_\_, Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017.
- OEA, CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de abril de 1948, reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967.

Edward Jesús Pérez\* (Venezuela)

## La supervisión del cumplimiento de sentencias por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunos aportes para jurisdicciones nacionales\*\*

### RESUMEN

El presente artículo identifica prácticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias que podrían resultar útiles para los tribunales internos encargados de dictar medidas de reparación integral. Igualmente, hace referencia a las similitudes entre estos tribunales y se analizan brevemente los fundamentos jurídicos y las funciones de la Corte Interamericana en su labor de supervisión de cumplimiento de sentencias.

**Palabras clave:** reparación integral, ejecución de sentencias, supervisión.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag arbeitet die Verfahrensweisen heraus, derer sich der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte in der Phase der Kontrolle der Urteilsumsetzung bedient und die auch für inländische Gerichte hilfreich sein könnten, die integrale Wiedergutmachungsmaßnahmen verfügen. Darüberhinaus geht er auf die zwischen diesen Gerichten bestehenden Ähnlichkeiten ein und nimmt eine kurze Analyse der rechtlichen Grundlagen und Funktionen des Interamerikanischen Gerichtshofs bei der Kontrolle der Urteilsumsetzung vor.

**Schlagwörter:** Integrale Wiedergutmachung, Umsetzung von Urteilen, Kontrolle.

---

\* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y LL.M. en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge (Reino Unido). Abogado de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
EdwardPerez@corteidh.or.cr / Edward.jp@gmail.com

\*\* Las opiniones esbozadas en el presente trabajo de investigación son de exclusiva responsabilidad del autor y no reflejan el parecer de la Corte IDH ni de su Secretaría.



## SUMMARY

This article identifies practices of the Inter-American Court of Human Rights in the stage of supervising compliance with its judgments, which could prove useful for domestic courts responsible for issuing comprehensive reparation measures. The article also refers to the similarities between these courts, and briefly analyzes the legal bases and functions of the Inter-American Court in its work of supervising compliance with its judgments.

**Key words:** Comprehensive reparation, enforcement of judgments, supervision.

## Introducción

El presente trabajo de investigación identifica algunas prácticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias que podrían resultar útiles para los tribunales internos encargados de dictar medidas de reparación integral.

En este orden de ideas, en este artículo se argumenta, en primer lugar, que, en virtud del deber convencional que tienen los tribunales internos de reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, las medidas de reparación dictadas por ellos son similares a las que dicta la Corte IDH en ejercicio de su mandato previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Esta similitud permitiría argumentar que, al menos en algunos aspectos, el proceso de seguimiento de dichas medidas de reparación por parte de todos los tribunales referidos es semejante.

En segundo lugar, se explica el fundamento jurídico de la labor de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, y se identifican y describen las funciones ejercidas por este tribunal durante la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias para procurar que se cumplan de las medidas de reparación que ordena. En dicho proceso, se presentan ejemplos de la utilidad de dichas funciones según sea el caso.

Finalmente, se introducen algunas características de la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH que, a criterio del autor, han tenido resultados positivos y que podrían, en alguna medida, ser replicadas en las jurisdicciones internas para favorecer el cumplimiento de este tipo de medidas de reparación.

## 1. La reparación integral en la Corte Interamericana y en las jurisdicciones nacionales

Como punto de partida debe elaborarse sobre los motivos por los cuales el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH tiene alguna relevancia para los tribunales constitucionales y demás tribunales de las jurisdicciones internas.

La Corte IDH, en virtud del artículo 63.1 de la Convención, en el supuesto de que determine que el Estado violó alguna de sus obligaciones contenidas en la CADH en perjuicio de alguna persona, debe disponer medidas de reparación integral a favor de la víctima. Así, la Corte IDH, en reiterada jurisprudencia, ha señalado:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, este Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.<sup>1</sup>

De esta forma, la reparación integral no debe limitarse a la indemnización pecuniaria, sino que requiere medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición,<sup>2</sup> correctoras de las falencias estructurales que afectan, no solo al caso en concreto, sino eventualmente a otras personas debido a la misma falencia estructural.<sup>3</sup>

El derecho internacional de los derechos humanos impone a los Estados esta misma obligación de reparar integralmente a las víctimas de violación de derechos humanos.<sup>4</sup> En efecto, en virtud del principio de complementariedad, los Estados son los primeros llamados a garantizar la reparación integral a las víctimas de las violaciones de derechos humanos que ocurran bajo su jurisdicción.<sup>5</sup> En consecuencia, los tribunales internos, en ejercicio del control de convencionalidad en el marco de las competencias que constitucionalmente tienen, deben disponer medidas de reparación integral similares a las que dicta la Corte IDH con el fin de subsanar las violaciones que identifique.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Entre muchas otras, ver Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 7, párr. 26, y Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351, párr. 371.

<sup>2</sup> Sobre las medidas de reparación integral que puede dictar la Corte IDH, ver Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>3</sup> Pablo Saavedra Alessandri, "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión*, Colección Constitución y Derechos, Querétaro y Heidelberg, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 474.

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, núm. 4, párr. 166, y Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330, párr. 94.

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, *cit.*, párrs. 91 a 94.

<sup>6</sup> *Ibid.*, párr. 94. Debe hacerse notar que la intensidad de la potestad de ejercer el control de convencionalidad y, en determinados casos, de dictar reparaciones integrales puede cambiar conforme al ordenamiento jurídico interno de cada caso. Sobre los distintos grados del deber

En seguimiento a las ideas antes esbozadas, altas cortes de varios de los Estados integrantes del sistema interamericano han dictado medidas de reparación integral para subsanar violaciones de derechos humanos constatadas bajo su jurisdicción. Por ejemplo, en el Caso Luis Alberto Salinas, el Consejo de Estado de Colombia asumió el estándar de reparación integral y ordenó no solo medidas de compensación sino también la continuación de las investigaciones penales de la desaparición y muerte de dos víctimas.<sup>7</sup> La Corte Constitucional del Ecuador, por su parte, ha señalado:

Los jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deben ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de la vida de la persona.<sup>8</sup>

Ahora bien, la reparación integral, cuando es ordenada por los tribunales nacionales, conlleva los mismos retos de la reparación integral que ordena la Corte IDH en sus fallos. Por ejemplo, las medidas de no repetición que requieren modificaciones legislativas implican los obstáculos propios de la necesidad del debate y aprobación por el Legislativo de las modificaciones requeridas.

En consecuencia, la aproximación de la Corte IDH y de las jurisdicciones internas para la reparación de violaciones de derechos humanos es similar, en tanto tienen como meta la reparación integral de las víctimas. Los retos y obstáculos de la implementación de las medidas necesarias para garantizar esa reparación integral son igualmente similares. Ante la semejanza de las experiencias, se considera que existen aportes que la justicia interamericana puede realizar a las jurisdicciones internas de cada Estado, y viceversa.

En el presente trabajo se abordarán únicamente los posibles aspectos que el autor considera que la supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH

---

de ejercer el control de convencionalidad, ver Pablo González, *The doctrine of conventionality control between uniformity and legal pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Cambridge, Intersentia Ltd., 2018, pp. 214 y ss.

<sup>7</sup> Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Luis Antonio Salinas Sánchez y otros vs. Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional, 3 de diciembre de 2014, Resolutivo Cuarto.

<sup>8</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1 de octubre de 2014. Ver también Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, Expediente sup-jdc-1028/2017 (incidente-2), sobre cumplimiento de sentencia, 30 de enero de 2018, p. 23.

podría aportarles a las jurisdicciones nacionales en el ejercicio de seguimiento del cumplimiento de decisiones que prevean medidas de reparación integral.

## **2. La etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana**

En esta sección se hace una breve referencia a la competencia y el procedimiento de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, por lo que solo se describe su actividad para desempeñar este rol.

### **2.1. Fundamento jurídico de la competencia para supervisar el cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana**

El artículo 65 de la CADH regula la consecuencia jurídica aplicable al incumplimiento de un fallo de la Corte IDH por parte de un Estado, de forma tal que ante el incumplimiento de un fallo constatado por la propia Corte, correspondería informar de ello a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Con base en dicha norma, al igual que en los artículos 33, 62.1 y 62.3 de la CADH, la Corte IDH ha entendido que mantiene la potestad de supervisar el cumplimiento de sentencias hasta el cumplimiento total de todas sus medidas de reparación, pues es necesario que monitoree y valore el estado de cumplimiento de cada una de las medidas de reparación dispuestas en la sentencia, con el fin de determinar si procede informar a la Asamblea General de la OEA del incumplimiento de una de ellas, en aplicación del artículo 65 de la CADH.<sup>9</sup> En este orden de ideas, la Corte IDH, en su decisión frente al cuestionamiento a la competencia de supervisar el cumplimiento de sentencias realizado por Panamá en el Caso Baena Ricardo, indicó:

Una vez determinada la responsabilidad internacional del Estado por la violación de la Convención Americana, la Corte procede a ordenar las medidas destinadas a reparar dicha violación. La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia; no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado. Es por ello necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, actividad que es inherente a la función jurisdiccional. La supervisión del cumplimiento de las sentencias es uno de los elementos que componen la jurisdicción. Sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia

---

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 90.

para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal.<sup>10</sup>

Similarmente, la Corte IDH dispuso en la referida decisión:

Cuando el Tribunal decide que hubo una violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención, debe disponer, de conformidad con el artículo 63.1. de la Convención, “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Para asegurar que el Estado efectivamente cumpla con el deber de *garantizar* consagrado en la referida disposición convencional, el Tribunal debe supervisar el cabal cumplimiento de sus decisiones. De lo contrario, estas serían ilusorias.<sup>11</sup>

De esta manera, la Corte IDH ha ejercido su potestad de supervisar el cumplimiento de sentencias como mecanismo para asegurar la efectividad de sus fallos, cuyas decisiones son obligatorias para los Estados.<sup>12</sup> El proceso ante la Corte no concluye con la sentencia, sino que con esta se da inicio a una última etapa procesal: el cumplimiento, que culmina con la constatación por parte de la Corte de que el Estado ha cumplido con la totalidad de las medidas de reparación ordenadas en sus fallos. Tal como lo ha indicado este tribunal en su *Informe Anual 2017*, “al evaluar el cumplimiento de cada reparación el Tribunal efectúa un escrutinio estricto sobre la ejecución de sus diferentes componentes así como que se materialice respecto a cada una de las víctimas beneficiarias de las medidas, siendo que la mayoría de casos tiene múltiples víctimas”.<sup>13</sup>

## 2.2. El procedimiento de la Corte IDH en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias

La CADH no regula el procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias. La única norma que se refiere de forma expresa a la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias es el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH vigente, el cual dispone:

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 72.

<sup>11</sup> *Ibid.*, párr. 100.

<sup>12</sup> CADH, artículo 68.1: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

<sup>13</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017*, p. 65. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>.

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.
2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.
3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.
4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

Como se puede observar, la fase procesal de supervisión de cumplimiento de sentencias no tiene un *iter* procedimental claramente establecido, tal como ocurre en la etapa de fondo y reparaciones. Al contrario, la Corte o su Presidencia, según sea el caso, en el marco del referido artículo 69 reglamentario, adoptan medidas dirigidas a obtener la información de las partes respecto al cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en una sentencia de fondo, resolver obstáculos en el cumplimiento de la sentencia y valorar el cumplimiento o incumplimiento de las medidas de reparación por parte de cada Estado.

Debe precisarse que la falta de claridad de un *iter* no se traduce en la falta de claridad de los procedimientos aplicables en la etapa de supervisión de cumplimiento, sino en la flexibilidad de la Corte y su presidente para procurar el cumplimiento de la medida de reparación por parte del Estado. En este orden de ideas, las partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pueden solicitarle con libertad a la Corte que proceda a realizar una actividad procesal particular según consideren conveniente en el caso específico. De manera similar, la Corte o su Presidencia, de oficio o a solicitud de parte, pueden adoptar medidas que estimen pertinentes para promover el cumplimiento de la sentencia, sin las formalidades estrictas procesales aplicables en la etapa de fondo.

En este orden de ideas, de las prácticas de la Corte IDH hasta la fecha, se pueden identificar al menos seis funciones jurisdiccionales ejercidas en la presente etapa con el fin de facilitar el cumplimiento de la sentencia.

### **2.2.1. La solicitud de información y observaciones a las partes y a la Comisión**

Tras dictarse la sentencia, los Estados se encuentran obligados a informar a la Corte IDH sobre el grado de cumplimiento de la misma, como consecuencia del deber

estatal de cumplir con dicha decisión. Así lo ha destacado la Corte IDH de forma reiterada a lo largo de sus resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia, al establecer:

De conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Esta obligación incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de los puntos ordenados, lo cual es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la Sentencia en su conjunto.<sup>14</sup>

En la propia Sentencia de la Corte, esta ya dispone una primera obligación al Estado responsable de una violación de la CADH: presentar un informe sobre el cumplimiento de las medidas de reparación en el plazo de un año a partir de la notificación de la misma.<sup>15</sup>

Con posterioridad, siguiendo instrucciones de la Corte IDH o de su presidente, periódicamente se solicita al Estado que presente información actualizada sobre las medidas de reparación pendientes de cumplimiento, sobre obstáculos identificados para su cumplimiento o, en general, sobre las solicitudes que presentan los representantes de las víctimas y la CIDH durante el proceso de supervisión. Dichas solicitudes son normalmente notificadas solo a las partes del proceso y a la Comisión Interamericana, mediante notas de Secretaría.

Tras cada informe estatal, los representantes de las víctimas y la CIDH cuentan con plazos para presentar observaciones u otro tipo de alegatos ante la Corte IDH con relación a los informes estatales que se han ido presentando. Esta sería la oportunidad procesal para presentar alguna objeción sobre la información proporcionada por el Estado. Con base en dicha información y observaciones, la Corte o su Presidencia cuentan con elementos para determinar el mecanismo que procede con el fin de procurar el cumplimiento de la sentencia, a saber: realizar una nueva solicitud de información, convocar a una audiencia, adoptar una resolución o cualquiera de las otras alternativas disponibles.

Tanto el Estado como los representantes de las víctimas se encuentran obligados a presentar la información y las observaciones requeridas por la Corte o su

---

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 5, y Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2018, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 2.

<sup>15</sup> Entre otras, ver Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 346, punto resolutivo 12, y Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, cit., punto resolutivo 20.

Presidencia. La falta de presentación reiterada por parte del Estado de los informes requeridos por la Corte o su Presidencia puede llevar a la Corte a dictar una resolución mediante la cual se declara el incumplimiento del deber de informar. Por ejemplo, en el Caso *Fontevécchia*, la Corte declaró que Argentina no había dado cumplimiento a dicha obligación por el transcurso de casi tres años sin haber suministrado información alguna sobre el cumplimiento de la misma.<sup>16</sup> Debe indicarse que en este último caso, tras la Resolución de la Corte, Argentina presentó información sobre el cumplimiento de diversas medidas de reparación, la cual fue valorada positivamente por la Corte.<sup>17</sup> Por otra parte, la falta de presentación de observaciones por los representantes de las víctimas puede llevar a que se cierre el proceso de supervisión de cumplimiento de la sentencia, al menos, en lo que concierne a aquellas medidas de reparación que no constituyen garantías de no repetición.<sup>18</sup>

Si bien el Reglamento no regula el número de oportunidades en las que se solicita información al Estado, la Corte o su Presidencia, periódicamente, requieren que las partes presenten esta información al menos anualmente. En efecto, según se desprende del *Informe Anual 2017* de la Corte IDH, esta requirió información por escrito en casi todos los casos en etapa de supervisión durante ese año,<sup>19</sup> dinámica que, de reiterarse, garantiza el seguimiento actualizado por parte de la Corte de las medidas de reparación que ha ordenado.

### **2.2.2. Solicitudes de información a otras fuentes**

El artículo 69.2 del Reglamento de la Corte IDH la autoriza a solicitar información de otras fuentes distintas a las partes del proceso. De esta forma, en determinados casos, y siempre de forma excepcional, la Corte puede invitar a una institución a que rinda información sobre determinadas medidas de reparación, que no necesariamente debe coincidir con la que el Estado presenta ante la Corte como parte en el proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia. Tal como lo indicó la Corte en su *Informe Anual*, “[e]llo le ha permitido obtener información directa de determinados órganos e instituciones estatales que cumplen alguna competencia o

---

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 8. Similarmente, ver Corte IDH, *Caso Fleury y otros vs. Haití*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 4.

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso Fontevécchia y D’Amico vs. Argentina*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 3.

<sup>18</sup> Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 3.

<sup>19</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017*, *op. cit.*, p. 68.



función de relevancia para ejecutar la reparación o para exigir a nivel interno que se ejecute”.<sup>20</sup>

En este orden de ideas, la información obtenida en virtud del artículo 69.2 del Reglamento debe ser objeto de control de las partes y de la CIDH. En consecuencia, en estas oportunidades, la Corte o su Presidencia deben asegurar que las partes tengan la oportunidad procesal de presentar observaciones a dicha información. La Corte, posteriormente, valorará la información recabada a la luz de las observaciones de las partes y de la CIDH, y podría realizar determinaciones fácticas y jurídicas con base en ella. Dicha información “será valorad[a] por la Corte como ‘otra fuente de información’ que le permita apreciar el cumplimiento de lo ordenado” y “se entiende que esta información es distinta a la que brinda el Estado en su carácter de parte de este proceso de supervisión de cumplimiento”.<sup>21</sup>

La Corte ha hecho uso del artículo 69.2 del Reglamento en pocas oportunidades. Conforme al *Informe Anual de 2017*, solo ha utilizado esta disposición en nueve casos.<sup>22</sup> No obstante, en esas excepcionales oportunidades ha favorecido en gran medida la obtención de información sobre el cumplimiento de las medidas de reparación, la identificación de obstáculos en este, e incluso propuestas sobre cómo procurar el cumplimiento de la sentencia. Por ejemplo, en el caso de Guatemala, la participación del Ministerio Público en la *supervisión conjunta de 12 casos* relativos a la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos perpetradas durante el conflicto armado guatemalteco permitió identificar problemas comunes a los 12 casos que constituyen obstáculos estructurales a la erradicación de la impunidad.<sup>23</sup> Igualmente, en el Caso Penal Castro Castro, la Corte IDH solicitó información de forma directa al tribunal encargado de la ejecución de la medida de reparación relativa a obstáculos en la realización de determinados pagos dispuestos en la sentencia.<sup>24</sup> La información que el referido tribunal remitió con posterioridad era distinta a la proporcionada por el Estado como parte,<sup>25</sup> lo cual permitió desvirtuar los alegatos que este planteaba.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in Vitro*”) vs. Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 2, y Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 3.

<sup>22</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>23</sup> Corte IDH, 12 Casos Guatemaltecos vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerandos 23, 31 y 32.

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 26.

<sup>25</sup> *Ibid.*, Resolución de 9 de febrero de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerandos 15 y 16.

Finalmente, la aplicación de este artículo ha favorecido la participación de instituciones públicas de protección de derechos humanos (*ombudsman*), particularmente en casos de Panamá, El Salvador, Chile y Costa Rica.<sup>26</sup>

### 2.2.3. *La supervisión conjunta de determinadas medidas de reparación*

En muchas oportunidades, la Corte IDH ha dictado medidas de reparación en contra de un mismo Estado que tienen elementos en común. Ese ha sido el caso de la obligación de investigar graves violaciones de derechos humanos perpetradas en Guatemala durante el conflicto armado en ese país;<sup>27</sup> las medidas relacionadas con la restitución de tierras en casos de comunidades indígenas de Paraguay;<sup>28</sup> o el deber de brindar tratamiento médico y psicológico en Colombia a las víctimas de violaciones de derechos humanos.<sup>29</sup>

En algunos de estos casos, la Corte IDH ha dispuesto acumular la supervisión de estas medidas de reparación con el objeto de monitorear su cumplimiento de forma conjunta. Ello no solo favorece la economía procesal, sino que también permite observar de forma integral el cumplimiento de medidas similares. Al respecto, la Corte IDH, en su *Informe Anual*, señaló:

El Tribunal efectúa esta estrategia cuando en las sentencias de varios casos ha ordenado reparaciones iguales o similares, las cuales en ocasiones enfrentan en su ejecución factores, retos u obstáculos comunes. Las audiencias y resoluciones de supervisión conjunta han tenido un impacto y repercusiones positivas en los diferentes actores relacionados con su cumplimiento. Este mecanismo de supervisión de cumplimiento especializado y conjunto permite a la Corte alcanzar un mayor impacto al concentrar el tratamiento de un tema común en varios casos respecto de un mismo Estado y abordar de manera global una temática, en lugar de tener que realizar diversas supervisiones de cumplimiento de una misma medida. Ello también impacta en la posibilidad de diálogo entre los diferentes representantes de las víctimas de los distintos casos y en la participación más dinámica de los funcionarios estatales que a nivel interno les corresponde ejecutar las reparaciones. Asimismo, permite tener un panorama general de los avances y sus impedimentos respecto de un mismo Estado, identificar los puntos del cumplimiento sobre los cuales

<sup>26</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017, op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>27</sup> Corte IDH, *12 Casos Guatemaltecos vs. Guatemala*, cit.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 junio de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

<sup>29</sup> Corte IDH, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2012, Supervisión de Cumplimiento de las Medidas de Reparación sobre Atención Médica y Psicológica Ordenadas en Nueve Casos Colombianos.

hay mayor controversia entre las partes, y aquellos respecto de los cuales éstas pueden lograr una mayor concertación y avance en la ejecución.<sup>30</sup>

Así, la supervisión conjunta de casos identifica patrones comunes en el cumplimiento de medidas similares que permitirían a la Corte reconocerlos y abordarlos de esta forma común. Además, en estas ocasiones, se facilita un espacio para que representantes de distintas víctimas puedan relacionarse y organizarse para promover el cumplimiento de las medidas de reparación objeto de esa supervisión conjunta.

En estas ocasiones, la Corte IDH, tras iniciar una supervisión conjunta, puede mantenerla de esta forma hasta el cumplimiento efectivo de las medidas por un periodo determinado o para una ocasión procesal específica, como una resolución o audiencia.

#### **2.2.4. La audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencias**

Las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias permiten la participación presencial de las partes y de la CIDH ante la Corte, con el fin de que puedan mostrar información y observaciones actualizadas e inmediatas.

El valor principal de estas audiencias está en la posibilidad de establecer un espacio de diálogo directo entre las partes, la CIDH y los propios jueces de la Corte IDH. El diálogo que se puede entablar en una audiencia de supervisión puede permitir, de forma inmediata, que las partes del proceso lleguen a acuerdos dirigidos a facilitar u orientar el cumplimiento de las medidas de reparación. Ese fue el caso de la audiencia de supervisión de cumplimiento celebrada en Paraguay relativa a tres casos indígenas, en donde, tal como hace notar el *Informe Anual* de la Corte, “el Estado fundamentalmente expresó compromisos concretos respecto al cumplimiento de las medidas de reparación” y “[l]as partes se refirieron a los puntos que consideran que han tenido avances, los que están pendientes de cumplimiento y se enfocaron en el trabajo conjunto para avanzar en el cumplimiento de forma pronta”.<sup>31</sup> Igualmente, en muchas ocasiones, al concluir las audiencias, las partes se han reunido con el fin de llegar a acuerdos dirigidos a concluir con el proceso de supervisión de cumplimiento de las decisiones.<sup>32</sup>

Recientemente, la Corte ha realizado audiencias *privadas* de supervisión de cumplimiento, que tienen un grado de formalidad menor que las públicas: en ellas, la audiencia se celebra en mesas redondas, a las que se integran los jueces.<sup>33</sup> La dinámica

---

<sup>30</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017*, op. cit., p. 66.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 72 y 73.

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 17.

<sup>33</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017*, op. cit., pp. 67 y 69.

está orientada a evitar un enfrentamiento de posiciones, sobre la base de que todas las partes involucradas tienen como meta el cumplimiento de la medida de reparación. Las audiencias de supervisión también pueden celebrarse de forma pública.<sup>34</sup> En estos casos, las formalidades tradicionales de las audiencias se retoman, con el fin de que las partes expongan sus argumentos con relación al objeto del debate. En estas ocasiones, normalmente, los jueces emiten con posterioridad una resolución, en la cual resuelven el objeto de la diatriba jurídica planteada.

Las audiencias de supervisión de cumplimiento, además, pueden celebrarse no solo en la sede de la Corte IDH, sino también en el territorio del Estado objeto de supervisión, con su consentimiento.<sup>35</sup> Ello facilita la participación de autoridades estatales que tienen la competencia para adoptar decisiones que pueden afectar el cumplimiento de una medida de reparación.

### 2.2.5. *Diligencias in situ*

Igualmente, la Corte IDH, con la venia de los Estados, ha tenido varias oportunidades para, desde 2015, realizar diligencias *in situ* con el objeto de recibir información de forma directa sobre el grado de cumplimiento de determinadas medidas de reparación. De esta forma, en dichas visitas, la Corte o algún juez delegado por ella puede comparecer en el territorio de un país y obtener la información de forma directa, dialogar o facilitar el diálogo con autoridades nacionales en relación con dichas medidas de reparación. Tal como lo indicó la Corte en su *Informe Anual*:

Este tipo de diligencias en terreno tienen la ventaja de que posibilitan la constatación directa de las condiciones de ejecución de las medidas, así como una mayor participación de las víctimas, sus representantes, y de los distintos funcionarios y autoridades estatales directamente a cargo de la ejecución de las variadas reparaciones ordenadas en las Sentencias y la mejor disponibilidad para asumir compromisos dirigidos al pronto cumplimiento de las reparaciones. Este tipo de visita además permite la comunicación directa e inmediata entre las víctimas y altos funcionarios estatales, de manera que en el mismo momento estos últimos puedan comprometerse a adoptar acciones concretas dirigidas a avanzar en el cumplimiento de las medidas y que las víctimas puedan ser escuchadas sobre los avances y falencias que identifican.<sup>36</sup>

El ejercicio de esta función de la Corte se ha llevado a cabo, de momento, en pocas ocasiones (Panamá, Guatemala y Paraguay), normalmente para supervisar

---

<sup>34</sup> Durante 2017, de las siete audiencias de supervisión celebradas, solo una de ellas fue pública: la correspondiente al caso Fontevecchia (Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, cit.).

<sup>35</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017, op. cit.*, pp. 70 y ss.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 74.

el cumplimiento de medidas de reparación relativas a la delimitación, demarcación y titulación de tierras a favor de comunidades indígenas, o en lo que concierne a medidas de reparación dirigidas a la implementación de políticas públicas u otras de naturaleza colectiva a favor de los integrantes de determinadas comunidades.<sup>37</sup>

De esta forma, en una dinámica informal, el juez podrá obtener información directa, no solo de las partes acreditadas en el proceso ante la Corte IDH, sino de otras personas involucradas en el cumplimiento de la medida de reparación, de las víctimas, de las autoridades capaces de tomar decisiones para promover el cumplimiento de la medida, entre otros. En estas dinámicas, la práctica muestra que, a diferencia de cuando se celebran audiencias en la sede de la Corte, los representantes de las instituciones nacionales relevantes para el cumplimiento de las medidas de reparación acuden al lugar de la diligencia, y también pueden conocer de primera mano la situación con relación al cumplimiento de estas medidas de reparación. En este sentido, la Corte, en sus resoluciones emitidas después de las diligencias *in situ* celebradas en los casos de las masacres de Río Negro y Plan de Sánchez, consideró:

Resulta de vital importancia que el Estado de Guatemala haya colaborado para que una delegación del Tribunal pudiera efectuar esta diligencia de supervisión en territorio de dicho Estado, colaboración que brindó inclusive en el marco del periodo de sesiones celebrado por este Tribunal en Guatemala. La Corte destaca la necesidad de que, en casos como el presente, respecto de la supervisión de reparaciones que lo ameriten, los Estados asuman este tipo de actitud, dirigida a que las diligencias se efectúen de forma directa en su territorio, con la mayor participación posible de funcionarios responsables de ejecutar las reparaciones y la mejor disponibilidad para asumir compromisos dirigidos al pronto cumplimiento de las mismas. Este tipo de visita además permitió la comunicación directa e inmediata entre las víctimas y altos funcionarios estatales, de manera que en el mismo momento estos últimos pudieran comprometerse a adoptar acciones concretas dirigidas a avanzar en el cumplimiento de las medidas y que las víctimas pudieran ser escuchadas sobre los avances y falencias que identifican.<sup>38</sup>

En estas dinámicas, las autoridades responsables del cumplimiento de las medidas, al ser testigos del grado de cumplimiento de la medida de reparación y de los obstáculos que existen en su implementación, pueden comprometerse igualmente con la Corte, y con las víctimas y sus representantes a adoptar disposiciones

---

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 9, y Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 9.

concretas para promover su cumplimiento. Así ocurrió en las diligencias *in situ* celebradas en Guatemala, en donde las autoridades competentes regionales se comprometieron con la comunidad a adoptar medidas de forma inmediata para garantizar agua potable, el remozamiento de las vías de acceso a las comunidades y la reactivación de un centro de salud en la Colonia Pacux.<sup>39</sup>

### 2.2.6. La resolución y la aplicación del artículo 65

Según el *Informe Anual* de la Corte IDH, las resoluciones tienen como fin:

Evaluar el grado de cumplimiento de las reparaciones, solicitar información detallada en relación con las providencias tomadas para cumplir con determinadas medidas de reparación, instar a los Estados a cumplir y orientar sobre el cumplimiento de las medidas de reparación dispuestas, proporcionar instrucciones para los efectos del cumplimiento y dilucidar aspectos sobre los cuales existe controversia entre las partes relativos a la ejecución e implementación de las reparaciones, todo ello en aras de garantizar una aplicación íntegra y efectiva de sus decisiones.<sup>40</sup>

Así, la Corte tiene la potestad de resolver el cumplimiento<sup>41</sup> o incumplimiento<sup>42</sup> de determinadas medidas de reparación o de la totalidad de las mismas mediante resolución, al valorar la información suministrada por las partes o recabada por ella misma a través de las funciones antes señaladas.

Las resoluciones pueden servir, igualmente, para orientar a los Estados en el cumplimiento de las medidas de reparación. Así, mediante resolución, la Corte ha delimitado el cumplimiento de la medida de reparación ordenada en la sentencia o ha precisado el alcance de la misma.<sup>43</sup> Del mismo modo, ha resuelto obstáculos tanto fácticos como jurídicos que se dan en la etapa de cumplimiento de la sentencia, con el fin de facilitar el cumplimiento de la reparación.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Corte IDH, Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, cit., considerandos 23 y 29, y Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, cit., considerandos 14 y 23.

<sup>40</sup> Corte IDH, *Informe Anual 2017, op. cit.*, p. 67.

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2018, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, punto resolutivo 1.

<sup>42</sup> Corte IDH, Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de octubre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, punto resolutivo 1.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Kawas Fernández y Caso Luna López vs. Honduras, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias, considerando 36.

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de mayo de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 10.

Mediante resolución, la Corte IDH también puede declarar que el Estado ha incumplido con su deber de informarle sobre el cumplimiento de las medidas de reparación, tal como se indicó previamente en el acápite sobre las solicitudes de información. En seguimiento a ello, según sea el caso y la gravedad de un determinado incumplimiento, mediante resolución, la Corte puede resolver aplicar el artículo 65 de la CADH y, en consecuencia, comunicarle a la Asamblea General de la OEA, a través de su *Informe Anual*, sobre el incumplimiento de determinada medida de reparación o de la sentencia en general. Por ejemplo, en los casos *Apitz y López Mendoza*, la Corte resolvió aplicar el artículo 65 de la CADH por cuanto la Sala Constitucional de Venezuela determinó que eran inejecutables las sentencias de la Corte IDH, y el Estado sostuvo ante esta que acataría la decisión de dicho tribunal doméstico.<sup>45</sup> Por otra parte, en el caso *Yatama*, la Corte aplicó el artículo 65 de la CADH por cuanto Nicaragua no había presentado información por más de cinco años, e incluso no compareció a una audiencia de supervisión convocada por el tribunal.<sup>46</sup> Debe indicarse que al comunicar a la Asamblea General del incumplimiento de una sentencia, la Corte no renuncia a su competencia de supervisión del cumplimiento. En este orden de ideas, la Corte ha señalado:

Una vez que ha determinado la aplicación de los referidos artículos en casos de incumplimiento de sus Sentencias, y así lo haya informado mediante su *Informe Anual* para la consideración de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su *Informe Anual*, a menos que el Estado acredite que está adoptando las medidas necesarias para cumplir con las reparaciones ordenadas en la Sentencia, o que los representantes de las víctimas o la Comisión acompañen información sobre la implementación y cumplimiento de los puntos de la Sentencia que requiera ser valorada por este Tribunal.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y Otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, y Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 12.

<sup>47</sup> *Ibid.*, considerando 14.

### **3. Insumos sobre la supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana que podrían ser útiles para las jurisdicciones internas**

En esta sección se darán ejemplos y se hará referencia a algunas prácticas de la Corte IDH que, a criterio del autor, han tenido resultados favorables en el cumplimiento de sus sentencias y que podrían ser replicadas por los tribunales constitucionales para promover el cumplimiento de sus decisiones.

#### **3.1. La flexibilidad procesal como característica en la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias**

Un aspecto característico de la Corte IDH que ha facilitado el seguimiento a las medidas de reparación que ha dictado es la flexibilidad procesal en esta etapa. La falta de una reglamentación estricta con respecto a la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias facilita que las partes puedan requerir que la Corte o su presidente adopten aproximaciones distintas en cada caso, según estimen conveniente. No hay un supuesto de hecho único que sea indispensable para que las partes estén legitimadas para requerir a la Corte que emita una resolución, convoque a una audiencia de supervisión de cumplimiento o facilite un diálogo entre las partes del proceso mediante notas de Secretaría.

Por ejemplo, en el Caso Kuna, a solicitud del Estado, la Corte IDH celebró una diligencia *in situ* y audiencia en Panamá con el fin de resolver un obstáculo fáctico sobrevenido en el cumplimiento de una medida de reparación relativa a restituir el territorio que le corresponde a la comunidad indígena emberá. Dicha audiencia y diligencia fue celebrada incluso antes de que se cumpliera el primer año desde la sentencia de fondo para que el Estado presentara su primer informe sobre el cumplimiento de la sentencia. En una resolución subsecuente, la Corte hizo notar los aspectos positivos que derivaron de dicha visita:

La Corte destaca la importancia de la visita realizada el 15 de octubre de 2015, la cual fue el resultado de una solicitud efectuada por el Estado y que tuvo como objeto que el Tribunal recibiera información directa respecto de los desafíos, obstáculos y propuestas de solución en relación con la implementación de dos reparaciones relativas al deber del Estado de garantizar el derecho de propiedad colectiva de las Comunidades Ipetí y Piriati Emberá. En la visita participó una delegación de las víctimas, compuesta, entre otros, por el Cacique General Emberá de Alto Bayano, el Segundo Cacique General Emberá, dos Nokos y un ex cacique Emberá de Alto Bayano. En representación del Estado, la delegación contó con funcionarios de la Dirección de Asuntos Jurídicos y Tratados Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras. Por la Comisión



Interamericana estuvo presente un asesor de su Secretaría. Asimismo, posterior a la visita se celebró una audiencia privada en ciudad Panamá. Tanto la diligencia como la visita resultan de particular importancia en un caso como el presente que, tratándose de la violación del derecho a la propiedad comunal, no se vio beneficiado en la etapa de fondo con la realización de una visita en terreno que permitiera recibir mayores elementos sobre la situación relevante para dictar las reparaciones que garantizaran tal derecho, y en la que participaron funcionarios del Estado de Panamá de diversas instituciones que por sus competencias y funciones internas intervienen en la ejecución de las referidas medidas de reparación.<sup>48</sup>

De esta forma, se puede observar cómo esa flexibilidad procesal permitió que la Corte IDH atendiera un obstáculo identificado para el cumplimiento de la sentencia desde el inicio de la supervisión. Por el contrario, un sistema más rígido podría haber llevado a una solución a estas situaciones en un tiempo más largo, lo cual podría dificultar incluso más el cumplimiento de la decisión.

Más aún, la mayoría de las decisiones con relación a la supervisión del cumplimiento de sentencias, principalmente las solicitudes de información y la convocatoria de audiencias, se encuentra en la práctica delegada en el presidente del tribunal, sin que en todos los casos se requiera que el pleno del tribunal tenga que conocer de la totalidad de los casos. Ello es especialmente relevante dado que la Corte no se encuentra constituida de forma permanente sino que solo se reúne y puede emitir decisiones durante periodos de sesiones, en los que también deberán resolver lo conducente respecto a las decisiones de fondo, medidas provisionales y opiniones consultivas.

Esta informalidad procesal ha facilitado que las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias se celebren ante comisiones de jueces e, incluso, excepcionalmente, ante un solo juez por delegación del pleno de la Corte. Así, al concluir las diligencias *in situ* celebradas en Panamá<sup>49</sup> y Paraguay,<sup>50</sup> se oficiaron audiencias presididas por un único juez.

Es necesario precisar que esta informalidad procesal no debe entenderse como una relajación de las garantías del derecho a la defensa de alguna de las partes. Al contrario, la posibilidad de que las partes y la CIDH puedan exponer sus alegatos y contraargumentos con relación a la información y observaciones presentadas es

---

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros *vs.* Panamá, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerando 4.

<sup>49</sup> Secretaría de la Corte IDH, Comunicado de prensa, Visita a Panamá al territorio de las Comunidades Ipetí y Piriati de Emberá y Audiencia de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 19 de octubre de 2015.

<sup>50</sup> Secretaría de la Corte IDH, Comunicado de prensa, Corte Interamericana realiza visita al Paraguay para supervisar cumplimiento de sentencias, 7 de diciembre de 2017.

elemental durante la etapa de supervisión de cumplimiento de sentencias. En este orden de ideas, la informalidad debe entenderse como la posibilidad de que la Corte IDH, las partes y la CIDH realicen aproximaciones caso por caso a la supervisión del cumplimiento de cada sentencia, adecuándose a las características de cada uno de ellos, y buscando una solución rápida y efectiva. De esta forma, la informalidad es una característica que facilita respuestas inmediatas por parte de la autoridad jurisdiccional correspondiente para el cumplimiento de la medida de reparación.

### 3.2. Una formulación precisa sobre la medida de reparación

Un problema que la Corte IDH ha enfrentado en varias ocasiones es la ausencia de una formulación precisa sobre la medida de reparación. En consecuencia, es importante que las medidas de reparación ordenadas por un tribunal sean dictadas de forma tal que las acciones adoptadas por el Estado y los resultados o indicadores que pretenden medirse para el cumplimiento de la sentencia puedan ser identificables. Ello favorece la seguridad jurídica de las partes, para que estas tengan claridad de los extremos que deben observarse para dar cumplimiento a la orden del tribunal.

Por el contrario, en aquellos casos en los cuales la Corte IDH ha dictado medidas de reparación en términos muy vagos o amplios, ha enfrentado obstáculos en su interpretación, que, a su vez, repercuten directa y negativamente en el cumplimiento de la medida de reparación. Por ejemplo, en el Caso Sarayaku, la Corte ordenó “consultar al pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio”.<sup>51</sup> De la lectura de dicha medida de reparación se puede observar la falta de un criterio claro mediante el cual se pueda identificar cuándo se consideraría declarada cumplida la misma. En 2016, la Corte celebró una audiencia de supervisión de cumplimiento de sentencias, en la cual, entre otros temas, se debatió el alcance de esta medida de reparación.<sup>52</sup> Este tribunal aún tendría pendiente resolver ese aspecto.

En casos como el anterior, durante la propia supervisión del cumplimiento de sentencias, también se pueden adoptar medidas para dilucidar extremos de una medida de reparación que no sean claros. En la supervisión del cumplimiento de las sentencias de los casos Kawas Fernández y Luna López, en las que se ordenó a Honduras adoptar una política pública de protección a defensores de derechos humanos, la Corte IDH puntualizó: “Las partes y la Comisión –y fundamentalmente

---

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 245, punto resolutivo 3.

<sup>52</sup> Corte IDH, Audiencia publicada el 6 de diciembre de 2016 del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Disponible en: <https://vimeo.com/194593941>

el Estado– deberán informar a esta Corte cuáles serán los indicadores que le permitirán verificar que hay un mejoramiento sustancial de la situación de las personas defensoras de derechos humanos en Honduras”,<sup>53</sup> con el fin de delimitar el alcance de la referida medida de reparación.

Debe hacerse notar que la precisión en la medida de reparación tampoco debe entenderse como inflexible. Los Estados deben contar con un margen de acción con el fin de determinar la modalidad en la que cumplirá la medida de reparación. La inflexibilidad de la medida de reparación puede repercutir negativamente en su cumplimiento, puesto que hechos posteriores pueden implicar un cambio de circunstancias que afecte de forma directa la posibilidad de ejecutar, en general, la medida de reparación. Ello fue lo que ocurrió en el Caso Kuna, al cual se hizo referencia en la anterior sección.

En conclusión, las medidas que se dicten con el fin de garantizar una reparación integral deben ser suficientemente precisas para que se brinde seguridad jurídica a las partes sobre cuáles son los objetivos específicos que deben ser satisfechos para darle cumplimiento.

### **3.3. La incorporación de indicadores en cuanto a medidas de reparación que estén relacionadas con políticas públicas**

Directamente relacionado con lo indicado en 3.2, la reparación integral requiere en muchas ocasiones que el Estado adopte medidas de carácter estructural que implican el diseño, la aprobación e incluso en algunos casos prestación de servicios u otras medidas de reparación. Por ejemplo, en el Caso Artavia Murillo y otros, la Corte IDH concluyó: “[Costa Rica] debe incluir la disponibilidad de la [fecundación *in vitro*] dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación”.<sup>54</sup> Esta tendencia probablemente se profundice a raíz del cambio de criterio de la Corte en cuanto a admitir la justiciabilidad directa de derechos económicos, sociales y culturales en virtud del artículo 26 de la CADH.<sup>55</sup>

Ahora, este tipo de medidas de reparación trae distintas consideraciones sobre políticas públicas que exceden el ámbito exclusivo del derecho y que requieren un análisis de objetivos de la política pública que se va a diseñar, del presupuesto dispuesto para su implementación, entre otras consideraciones. Aunado a ello, es importante destacar que en el marco de la función jurisdiccional, la Corte IDH

---

<sup>53</sup> Corte IDH, Caso Kawas Fernández y Caso Luna López vs. Honduras, cit., considerando 37.

<sup>54</sup> 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, punto resolutivo 4.

<sup>55</sup> Corte IDH, Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 340, párrs. 140 a 145.

debería tener un especial cuidado al inmiscuirse en el ámbito de la planificación e implementación de políticas públicas, particularmente en consideraciones de orden presupuestario, que están en la frontera del alcance de su jurisdicción.

Para efectos del presente trabajo de investigación, lo indispensable para facilitar el cumplimiento de una medida de reparación de esta naturaleza debe ser la clarificación de las metas, con base en indicadores previamente fijados por la propia Corte o por las partes, según sea el caso. Estos indicadores, al igual que lo señalado previamente, permiten brindar seguridad jurídica a las partes involucradas en el cumplimiento de la medida de reparación, toda vez que existe claridad del momento en el cual esta se declararía cumplida.

### **3.4. El diálogo entre las partes como base para el cumplimiento de las sentencias**

Un mecanismo que ha resultado útil a la Corte IDH para facilitar el cumplimiento de las medidas de reparación, particularmente aquellas relativas a la compensación o satisfacción de las víctimas, ha sido facilitar una comunicación entre las partes orientada a llegar a acuerdos sobre cómo deben cumplirse las medidas de reparación y, principalmente, cómo podrían superarse los obstáculos que se pueden suscitar en el proceso.

Por ejemplo, en el Caso Familia Pacheco Tineo, la Corte dispuso una indemnización que Bolivia procuraría pagarles a las víctimas de dicho caso mediante transferencia bancaria. Sin embargo, Bolivia tenía restricciones para hacerlo, dado que estas se encontraban residiendo fuera del país. A partir de esa oportunidad, se facilitó un diálogo por escrito entre Bolivia, y las víctimas y sus representantes, en el que se acordó realizar el pago mediante un cheque emitido en la Embajada de Bolivia en el país donde residían las víctimas. Los términos del diálogo fueron positivos, tanto, que incluso Bolivia, de buena fe, celebró un pequeño acto para la entrega de dicha indemnización.<sup>56</sup>

Generar estos espacios de diálogo entre las partes facilita en muchas ocasiones el cumplimiento de las medidas de reparación. Los jueces, en estos casos, pueden asumir una postura de mediadores con el fin de identificar y resolver los obstáculos en el cumplimiento de dichas medidas.

### **3.5. El uso de la multiplicidad de instituciones estatales**

Finalmente, otro aspecto relevante que resultaría útil promover para el cumplimiento de las medidas de reparación integral es el diálogo interinstitucional. Los Estados están compuestos por un cúmulo de instituciones que pueden tener un rol

---

<sup>56</sup> Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo *vs.* Bolivia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, considerandos 23 y 24.

en el cumplimiento de estas. Por sus propias competencias constitucionales, existen instituciones claramente llamadas a ser las primeras en cumplir con las medidas de reparación ordenadas. No obstante, otras instituciones pueden adoptar disposiciones dirigidas a avanzar en el cumplimiento de esas medidas o incluso en cumplirlas de forma total.

Por ejemplo, la Corte IDH requirió a El Salvador que adoptara medidas para impedir que la Ley de Amnistía General continuara perpetuando la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en ese país durante su conflicto armado. En esta ocasión, a pesar de la oposición del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo salvadoreños, la Sala de lo Constitucional declaró la nulidad de dicha ley. Vista esa decisión, la Corte consideró cumplida la medida de reparación.<sup>57</sup>

Aunado a ello, el aporte de las distintas instituciones del Poder Público al cumplimiento de las medidas de reparación varía: no necesariamente deben asumir de forma directa el cumplimiento de la medida de reparación, sino que pueden colaborar con la supervisión del cumplimiento de la sentencia, brindando insumos y adoptando disposiciones que pueden facilitar el cumplimiento de la medida de reparación. Por ejemplo, el rol de la Defensora de los Habitantes de Costa Rica para promover el cumplimiento de las medidas de reparación dispuestas en el Caso Artavia Murillo y otros ha sido ejemplar, por su participación tanto en audiencias de supervisión como en la etapa escrita.<sup>58</sup>

En conclusión, los tribunales pueden buscar apoyo en distintas instancias del Poder Público de cada país para promover el cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas, capitalizando el propio sistema de separación de poderes en beneficio de este propósito. De esta manera, buscar espacios para promover el diálogo interinstitucional y para facilitar la participación de otras instituciones estatales en el cumplimiento de la medida de reparación, sin pretender invadir competencias constitucionalmente asignadas, puede resultar favorable para el cumplimiento de las decisiones.

## Conclusiones

La Corte IDH ha tenido una importante experiencia regional adoptando disposiciones para procurar el cumplimiento de las medidas de reparación integral dictadas por ella misma. Sus dinámicas para la supervisión del cumplimiento de las sentencias resultan relevantes, por cuanto en muchos casos han probado ser sumamente

---

<sup>57</sup> Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2017, cit., considerandos 11 y 18.

<sup>58</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in Vitro*”) vs. Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, cit., considerando 2.

efectivas. Estas experiencias podrían, en algunos casos con muchos matices, resultar útiles para las autoridades jurisdiccionales internas en su rol de hacer seguimiento a las decisiones que dicten y en las que dispongan medidas de reparación integral.

Precisamente, a pesar de que son instancias jurisdiccionales de naturaleza distinta, el deber de dictar medidas de reparación integral por violaciones de derechos humanos es común a todas ellas, al igual que el deber de velar por su efectividad. Más aún, promover un diálogo entre tribunales internacionales y nacionales sobre el cumplimiento de medidas de reparación puede resultar extremadamente útil, en aras de identificar buenas prácticas que puedan ser replicadas entre todas ellas.

## Bibliografía

- CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Luis Antonio Salinas Sánchez y otros *vs.* Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-Policía Nacional, 3 de diciembre de 2014.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1 de octubre de 2014.
- CORTE IDH, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Serie C, núm. 4.
- \_\_\_\_\_, Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 7.
- \_\_\_\_\_, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Competencia, Serie C, núm. 104.
- \_\_\_\_\_, Caso Cinco Pensionistas *vs.* Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 2004, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2012, Supervisión de Cumplimiento de las Medidas de Reparación sobre Atención Médica y Psicológica Ordenadas en Nueve Casos Colombianos.
- \_\_\_\_\_, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador, Sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 245.
- \_\_\_\_\_, Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) *vs.* Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, 12 Casos Guatemaltecos *vs.* Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

- \_\_\_\_\_, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de abril de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Casos de las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek vs. Paraguay, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 junio de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Yatama vs. Nicaragua, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in Vitro*”) vs. Costa Rica, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de febrero de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de mayo de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de octubre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Fleury y otros vs. Haití, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2016, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 330.
- \_\_\_\_\_, Audiencia publicada el 6 de diciembre de 2016 del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Disponible en: <https://vimeo.com/194593941>.
- \_\_\_\_\_, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

- \_\_\_\_\_, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Kawas Fernández y Caso Luna López vs. Honduras, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de agosto de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencias.
- \_\_\_\_\_, Caso Lagos del Campo vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 340.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de agosto de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de octubre de 2017, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual 2017*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>.
- \_\_\_\_\_, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 346.
- \_\_\_\_\_, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2018, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 351.
- \_\_\_\_\_, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2018, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
- GONZÁLEZ, Pablo, *The doctrine of conventionality control between uniformity and legal pluralism in the Inter-American Human Rights System*, Cambridge, Intersentia, 2018.
- SAAVEDRA, Pablo, "Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos Básicos para su comprensión*, Colección Constitución y Derechos, Querétaro y Heidelberg, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.



SALA SUPERIOR DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE MÉXICO, Expediente sup-jdc-1028/2017 (incidente-2), sobre cumplimiento de sentencia, 30 de enero de 2018.

SECRETARÍA DE LA CORTE IDH, Comunicado de prensa, Visita a Panamá al territorio de las Comunidades Ipetí y Piriati de Emberá y Audiencia de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 19 de octubre de 2015.

\_\_\_\_\_, Comunicado de prensa, Corte Interamericana realiza visita al Paraguay para supervisar cumplimiento de sentencias, 7 de diciembre de 2017.

SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Lorena Barrera Santana\* (México)

## Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Donde hay violación sin sanción o daño sin reparación,  
el derecho entra en crisis, no solo como instrumento  
para resolver cierto litigio, sino como método  
para resolverlos todos, es decir, para asegurar la paz con justicia.<sup>1</sup>*

### RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de impartir justicia, supervisa la ejecución de sus sentencias. Esto significa que, en el sistema interamericano, dicha supervisión está a cargo de un órgano jurisdiccional, y no político, cuya competencia parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de resoluciones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, de sus propias sentencias y de su Reglamento.

**Palabras clave:** ejecución, sentencias, medidas de reparación.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte spricht nicht nur Recht, sondern kontrolliert auch die Umsetzung seiner Urteile. Damit liegt die Kontrolle über die Umsetzung nicht bei einer politischen Instanz, sondern bei einem Rechtsorgan, dessen Zuständigkeit sich aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, den Beschlüssen der Generalversammlung der Organisation Amerikanischer Staaten, seiner eigenen Rechtsprechung und seiner Geschäftsordnung ergibt.

---

\* Licenciada en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); máster en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Panamericana, y en Derecho Internacional, Universidad de Estrasburgo (Francia). Abogada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. [lobarreras@gmail.com](mailto:lobarreras@gmail.com)

<sup>1</sup> Sergio García, *las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 1999, p. 129.

**Schlagwörter:** Umsetzung, Urteile, Maßnahmen zur Wiedergutmachung.

### **SUMMARY**

In addition to imparting justice, the Inter-American Court of Human Rights supervises the enforcement of its judgments. This means that the supervision of the enforcement of judgments in the inter-American system is the responsibility of a jurisdictional, not political, organ, whose powers derive from the American Convention on Human Rights, resolutions of the General Assembly of the Organization of American States, its own judgments and its Regulations.

**Key words:** Enforcement, judgments, reparation measures.

## **Introducción**

La ejecución de las sentencias dictadas en los casos contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) constituye un tema crucial para la efectiva protección de los derechos humanos y la eficacia del sistema interamericano.

En contraste con la jurisprudencia europea tradicional, la emanada de la Corte IDH tiene una clara pretensión expansiva, de manera que a través de sus sentencias, este tribunal busca erradicar las fuentes de las violaciones por medio de reparaciones integrales dictadas según la naturaleza y las características del caso. Es por eso que se ha considerado a la Corte IDH como pionera respecto de las medidas de reparación que ordena a los Estados responsables de las violaciones de los derechos humanos.

Anteriormente, las reparaciones eran expresadas solo como indemnizaciones compensatorias; sin embargo, actualmente constituyen un conjunto variado, creciente y muy elaborado de consecuencias jurídicas de responsabilidad al imperio del derecho internacional de los derechos humanos. Con las medidas de reparación, el sistema interamericano busca ofrecer consecuencias jurídicas que guarden coherencia con las violaciones cometidas y posean eficacia para evitar violaciones futuras.

La supervisión de sentencias de la Corte IDH es objeto de mucho interés y de múltiples interrogantes referentes a su origen, evolución y retos. En este sentido, el presente documento es un instrumento introductorio para comprender de manera general el origen y funcionamiento del sistema de supervisión de ejecución de sentencias de casos contenciosos de la Corte IDH. Lograr lo anterior requiere conocer el funcionamiento del sistema interamericano; de otra manera, se obtendría solo una comprensión parcial del sistema de supervisión de sentencias, por lo que, en principio y de manera breve, se hará referencia al funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, con especial énfasis en el trámite de peticiones individuales, hasta llegar al dictado de la sentencia y al régimen de reparaciones del propio sistema. Hecho lo anterior, se analizan los orígenes y la evolución de la

competencia de la Corte IDH para supervisar la ejecución de sus sentencias, y se describe de manera general el mecanismo de supervisión de este tribunal, así como algunos de los avances en materia de supervisión de dichas sentencias.

## **1. Sistema interamericano de derechos humanos. De la recepción de la petición a la determinación de las medidas de reparación**

En el mundo se han consolidado tres sistemas regionales de protección de derechos humanos, uno en Europa, otro en África y otro más en el continente americano, los cuales han contribuido de manera importante a la protección y el goce de los derechos de sus habitantes.

En el caso del sistema interamericano, de los 35 países que conforman la Organización de los Estados Americanos (OEA), 20 han reconocido la competencia de la Corte IDH,<sup>2</sup> sin olvidar que Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en los años 1999 y 2013, respectivamente.

En el continente americano se han adoptado diversos instrumentos internacionales dirigidos a la protección y garantía de los derechos humanos; uno de ellos es la CADH, que en su artículo 33 prevé la existencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte IDH, cuya función principal consiste en asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la CADH.<sup>3</sup>

El sistema interamericano de derechos humanos nació con la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), en Bogotá (Colombia), en abril de 1948.

En 1959, la OEA<sup>4</sup> creó la CIDH, órgano autónomo de esta organización, con sede en Washington (Estados Unidos de Norte América), integrado por siete miembros

---

<sup>2</sup> El 3 de junio de 2009, los ministros de Relaciones Exteriores de las Américas adoptaron la Resolución AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09), mediante la cual determinaron que la Resolución de 1962, que excluyó al Gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano, quedaba sin efecto en la Organización de los Estados Americanos (OEA) (cfr. Organización de los Estados Americanos, *Resolución sobre Cuba AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09)*. Disponible en: <http://www.latinreporters.com/OEAresolutionCuba03062009Espagnol.pdf>).

<sup>3</sup> CADH, artículo 33. “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en esta Convención: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH”.

<sup>4</sup> Conforme al sitio web de la OEA, “La Organización de los Estados Americanos, es la institución regional más vieja del mundo. Sus orígenes se remontan a la Primera Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Washington (Estados Unidos de Norte América)

independientes que actúan a título personal durante un mandato de cuatro años, renovable una sola vez.

No obstante, no fue sino hasta 1969 que los Estados miembros de la OEA adoptaron la CADH, que entró en vigor en 1978. Dicha Convención creó la Corte IDH, con sede en la Ciudad de San José (Costa Rica), la cual está conformada por siete jueces elegidos a título personal por un periodo de seis años, con posibilidad de ser reelegidos una vez. La CIDH tiene como objeto promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región, además de ser el órgano consultivo de la OEA en materia de derechos humanos<sup>5</sup> (DD. HH.). Por su parte, la Corte IDH es el órgano judicial del sistema, encargado de interpretar y aplicar la CADH de acuerdo con los casos que sean presentados bajo su jurisdicción.

### 1.1. Una mirada al sistema de peticiones individuales

La Corte IDH y la CIDH tienen una labor complementaria en cuanto al sistema de peticiones individuales, lo que significa que ante la CIDH se agota la primera etapa del procedimiento y, de ser el caso, en la Corte IDH se agotará una segunda fase.

Hasta 1967, la misión de la CIDH consistió en reportar a la OEA la situación de los derechos humanos en los Estados a través de informes que advertían y relacionaban violaciones de estos ocurridas en los países americanos. Actualmente, la CIDH es competente para recibir y procesar denuncias sobre casos específicos en los que se alegan violaciones de los derechos humanos.

No obstante, la CIDH también realiza una amplia variedad de funciones que, de conformidad con el artículo 41 de la CADH, pueden ser catalogadas como: i) monitoreo, consistente en la elaboración de informes sobre el estado de los derechos humanos en los Estados miembros. ii) Formulación de recomendaciones a los Estados, que normalmente se encuentran al final de los informes mencionados en el punto anterior, y cuya finalidad es proteger y garantizar el pleno ejercicio de los derechos contenidos en la CADH. iii) Atención de consultas formuladas por los Estados miembros, una labor preventiva de violaciones de derechos humanos, por medio de la cual se asesora a los Estados para ayudarlos a mejorar el nivel de cumplimiento de los derechos humanos contenidos en la CADH; esta labor también es ejercida mediante investigaciones o visitas *in loco*,<sup>6</sup> con la finalidad de evaluar directamente una situación determinada. iv) Peticiones individuales, que revisten un interés especial para nuestro análisis, ya que, a través de esta función, los Estados

---

de octubre de 1889 a abril de 1890. [...] La organización tuvo como objetivo obtener en sus Estados miembros, como lo estipula el artículo primero de la Carta, 'un orden de paz y justicia, mantener su solidaridad, reforzar su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia'" (Organización de los Estados Americanos, *Quiénes somos*. Disponible en: [http://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)).

<sup>5</sup> Cfr. CADH, artículo 41.

<sup>6</sup> Reglamento de la CIDH, artículo 39.

parte de la CADH pueden acceder al sistema de protección interamericano y referir alguna presunta violación de sus derechos, la cual podrá ser conocida y juzgada por la Corte IDH; de manera que a esta función se relacionará el cumplimiento de las sentencias emitidas por el tribunal.

Como se dijo, el sistema de peticiones individuales consta de dos fases: la primera se lleva a cabo ante la CIDH, mediante la presentación de una denuncia individual; en esta etapa, la Comisión analiza el caso y remite recomendaciones al Estado infractor. Sin embargo, si permanece la violación de los derechos humanos por parte del Estado, se desarrollará la segunda fase ante la Corte IDH, que conocerá del caso en ejercicio de su función contenciosa. Es importante indicar que la CIDH no tiene competencia para atribuir responsabilidad individual, por lo que no puede determinar si una persona es o no culpable. La Comisión solamente puede establecer la responsabilidad internacional de un Estado miembro de la OEA. Asimismo, ningún individuo puede acudir directamente ante la Corte IDH, pues el procedimiento ante la CIDH es presupuesto para acudir ante el tribunal.<sup>7</sup> El trámite de peticiones individuales parte de un postulado consagrado en el Preámbulo de la Convención Americana: el principio de complementariedad,<sup>8</sup> según el cual los Estados deben observar el cumplimiento del contenido de la Convención.

Ante la CIDH, la petición pasará por dos etapas: una de análisis de admisibilidad,<sup>9</sup> en la que la Comisión determina si el Estado cumplió con los requisitos de admisibilidad, los cuales no son absolutos, ya que existen diversas excepciones, por ejemplo, cuando no es posible agotar los recursos internos, y otra etapa de conocimiento de fondo del asunto, en la que la CIDH tramita las peticiones que reúnan los requisitos exigidos.<sup>10</sup>

Luego de estudiar y analizar el caso, la Comisión deliberará y decidirá si han existido las violaciones alegadas. Si concluye que hubo violación, redactará un

---

<sup>7</sup> CADH, artículos 62.3 y 63.1.

<sup>8</sup> Preámbulo de la CADH. Párrafo tercero: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

<sup>9</sup> De conformidad con los artículos 46 y 47 de la CADH, así como 28 a 34 del Reglamento de la CIDH, los requisitos de admisibilidad de las peticiones individuales son: a) agotamiento de los recursos internos, en términos del acuerdo con lo dispuesto en la Opinión Consultiva 11/90 de la Corte IDH; b) plazo de seis meses para acudir al sistema interamericano, contado a partir de la notificación de la decisión que agota los recursos internos; c) no duplicación de procedimientos, que significa que la materia puesta en conocimiento no debe estar sujeta a otro procedimiento de arreglo ante un organismo internacional y tampoco debe estar pendiente la petición o haber sido examinada en el sistema interamericano; d) datos básicos de identificación y ubicación del denunciante establecidas conforme al artículo 46.4 de la CADH, tales como nacionalidad y firma; e) la petición debe exponer hechos que caractericen una violación de derechos humanos y debe contener información o pruebas.

<sup>10</sup> Reglamento de la CIDH, artículos 30, 37.1, 37.4 y 40.

informe preliminar donde narrará los hechos y consignará sus conclusiones; además, expresará las recomendaciones que juzgue pertinentes para solucionar el asunto y fijará un plazo para su cumplimiento.<sup>11</sup> Si, llegado el plazo, el Estado cumplió con lo dispuesto por la Comisión, se dará por finalizado el proceso. De no haber cumplido, podrían presentarse los siguientes escenarios: i) si el Estado ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte, la Comisión podrá someter el caso a la Corte IDH; y ii) si no es posible someter el caso a la Corte, la Comisión podrá emitir un informe definitivo con su postura, conclusiones y recomendaciones finales.<sup>12</sup> Es importante decir que el Reglamento de la CIDH no regula la actuación de este órgano en el proceso de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH; sin embargo, sí tiene participación en el procedimiento, como se explicará más adelante.

## 1.2. Del recibimiento del informe de la CIDH por la Corte IDH a la emisión de la sentencia

De acuerdo con la CADH, las funciones de la Corte IDH se dividen fundamentalmente en dos: una función consultiva y una contenciosa, aunque también tiene facultades para declarar medidas provisionales. A través de la función consultiva, la Corte IDH responde a consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o sus órganos<sup>13</sup> acerca de la compatibilidad de sus normas internas con la CADH y con tratados de protección de derechos humanos que involucran a los Estados americanos.<sup>14</sup> Por su parte, las medidas provisionales son dictadas por la Corte IDH en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando es necesario evitar daños irreparables a las personas.<sup>15</sup>

Sin embargo, es a partir de su función contenciosa como la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH o en otros tratados de derechos

---

<sup>11</sup> CADH, artículo 50 y Reglamento de la CIDH, artículo 44.

<sup>12</sup> Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador (GMIES), *Manual básico de litigio internacional de los derechos laborales*. Disponible en: <http://www.gmies.org/manual/documentos/Manual/26procedimientoantelacommi.pdf>

<sup>13</sup> Dicha consulta debe referirse a la interpretación de tratados en los que la protección de los derechos humanos de un Estado miembro esté directamente implicada y debe estar orientada a fortalecer el sistema interamericano y no a desvirtuarlo. Además, la consulta debe coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales en lo que concierne a la protección de derechos humanos (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982).

<sup>14</sup> CADH, artículo 64.1. “Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

<sup>15</sup> Corte IDH, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2016, p. 11.

humanos aplicables al sistema interamericano. Asimismo, es a través de la función contenciosa como la Corte IDH lleva a cabo la supervisión de cumplimiento de sus sentencias.<sup>16</sup> El proceso se inicia con la presentación ante la Corte IDH del informe de la CIDH previsto en el artículo 50 de la CADH.<sup>17</sup> La Corte IDH realiza un examen preliminar del informe y determina si cumple los requisitos fundamentales; si falta algo, la Comisión tiene veinte días para subsanarlo.<sup>18</sup> Cumplidos los requisitos, la Secretaría de la Corte comunica el caso a las partes interesadas; además, notifica al presidente y a los jueces que conforman el tribunal, a los otros Estados parte en la CADH, al Consejo Permanente y al Secretario General de la OEA.<sup>19</sup>

A partir de la notificación, los representantes de las víctimas deberán presentar un escrito donde señalen sus solicitudes, argumentos y pruebas en un plazo improrrogable de dos meses. Los requisitos que debe cumplir ese escrito se encuentran contemplados en el artículo 40.2 del Reglamento de la Corte.<sup>20</sup>

En sus sesiones ordinarias o extraordinarias, y cuando así lo estime pertinente, la Corte IDH podrá llevar a cabo audiencias de carácter público, con excepción de los casos que requieran guardar reserva. En las audiencias, la Corte IDH recibirá pruebas orales y escritas, así como alegatos orales de las partes sobre las excepciones preliminares, las pretensiones sobre el fondo y las reparaciones.<sup>21</sup> Realizada la audiencia, se reabrirá la fase escrita, momento en que las partes podrán presentar sus alegatos finales. El plazo, que normalmente es de un mes, es determinado por la Presidencia de la Corte IDH.<sup>22</sup> Entregados los alegatos, el proceso estará en estado de dictar sentencia. Aun cuando lo más común es que el proceso se cierre con una sentencia, puede finalizar también con la terminación anticipada a solicitud de la parte demandante, cuando esta notifica a la Corte dicha intención, la cual puede ser acatada o desestimada por este tribunal.<sup>23</sup>

Puesto el asunto en estado de resolución, la Corte deliberará en privado y, después de una lectura general del proyecto de sentencia y de su debate, su

---

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> CADH, artículo 50.

“1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso i.e. del artículo 48. // 2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo. // 3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas”.

<sup>18</sup> Reglamento de la Corte IDH, artículo 38.

<sup>19</sup> *Ibid.*, artículo 39.

<sup>20</sup> *Ibid.*, artículo 40.2.

<sup>21</sup> *Ibid.*, artículo 15.

<sup>22</sup> *Ibid.*, artículo 56.

<sup>23</sup> *Ibid.*, artículos 56 a 63.



presidente someterá a votación los puntos resolutive de la sentencia. Aprobada la sentencia, será notificada a las partes.<sup>24</sup> La Corte IDH determinará si el Estado es internacionalmente responsable o no. Si no es responsable, desestimaré las pretensiones de los peticionarios y absolverá al Estado, pero si es responsable, ordenará en la sentencia las reparaciones correspondientes, las cuales constituirán materia de análisis en la supervisión de cumplimiento de Sentencia.

### 1.3. Establecimiento de las medidas de reparación

Al determinar que un Estado es responsable, la Corte IDH establece –en las consideraciones y en los resolutive de la sentencia de fondo, reparaciones y costas– las medidas de reparación que deberá implementar el Estado responsable a efecto de subsanar la conducta ilícita cometida. En el sistema interamericano, la obligación estatal de reparar está contemplada en la primera parte del artículo 63<sup>25</sup> de la CADH, el cual establece que cuando un derecho protegido por la Convención ha sido violado, “la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Además, los artículos 35 y 40 del Reglamento de la Corte IDH determinan que la Comisión y las presuntas víctimas deberán indicar las reparaciones que consideran aplicables al caso, mismas que podrán ser pecuniarias o no pecuniarias.<sup>26</sup>

La Corte IDH ha sido un ícono en materia de medidas de reparación y ha participado directamente en la consolidación del concepto de derecho a la reparación en el derecho internacional; y es que su jurisprudencia en la materia no solo es rica sino también audaz,<sup>27</sup> sobre todo en las múltiples medidas no pecuniarias que ha impuesto a los Estados. Cabe advertir que la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), que prácticamente no establecía medidas de reparación no pecuniarias, ha tenido una evolución importante durante los últimos años en la materia, al parecer, siguiendo los pasos de la jurisprudencia de la Corte IDH.

En su sentencia *Assanidze v. Georgia* de 2004, la Corte EDH ordenó por primera vez “la puesta en libertad del requirente a la brevedad”; aun cuando podría decirse que esto no constituye un cambio en la constitución de la reparación, ya que funda la medida en “las circunstancias particulares del asunto y en la necesidad urgente de poner fin a la violación de los artículos 5(1) y 6(1) de la Convención”.<sup>28</sup> Más adelante,

<sup>24</sup> *Ibid.*, artículo 67.

<sup>25</sup> CADH, artículo 63.

<sup>26</sup> Reglamento de la CIDH, artículo 35.

<sup>27</sup> Elisabeth Lambert y Kathia Martin-Chenut, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'Homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?*, France, Société de Législation Comparée, 2010, p. 26.

<sup>28</sup> CEDH, *Assanidze c. Georgia*, N° 71503/01, 8 de abril de 2004.

en *Ilascu y otros v. Moldova y Rusia* de 2004,<sup>29</sup> la Corte EDH ordenó a los Estados poner fin a la detención arbitraria que se actualizaba en el caso, con base en el artículo 46 de la Convención, referente a la fuerza obligatoria de sus sentencias. Aunado a lo anterior, afirmó que la prolongación de la detención constituiría “una prolongación grave de la violación al artículo 5º de la Convención”.<sup>30</sup>

Para determinar la(s) medida(s) de reparación correspondiente(s), la Corte IDH efectúa un control estricto de su composición y de la forma de materializarlas en atención a cada una de las víctimas beneficiarias, sin olvidar que son los Estados los principales responsables de encontrar una solución a la violación de los derechos humanos y de garantizar la no repetición.

Es frecuente que la Corte IDH otorgue diversas medidas para cada caso, conocidas como medidas de reparación integral, las cuales pueden ser de *restitución*, que buscan devolver a la víctima a la situación anterior a la violación de sus derechos, así como el restablecimiento de la libertad o la restitución de bienes y valores; de *rehabilitación*, mediante las cuales se pretende reparar afectaciones físicas, psíquicas o morales; de *satisfacción*, que buscan reintegrar la dignidad de las víctimas y reparar el daño moral, tales como los actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad; de *no repetición*, a fin de evitar que las violaciones se vuelvan a producir; de *obligación de investigar y sancionar* a los responsables de la violación, y de *indemnización compensatoria*, la cual incluye la valoración de daños materiales e inmateriales.<sup>31</sup>

#### 1.4. Obligación de los Estados de cumplir las sentencias de la Corte IDH y observar las medidas de reparación establecidas

La obligación de observar las decisiones de la Corte IDH corresponde a un principio básico del derecho en materia de responsabilidad internacional de los Estados, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*). Además, como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho

---

<sup>29</sup> CEDH, *Ilascu y otros c. Moldova y Rusia*, N° 48787/99, 8 de julio de 2004.

<sup>30</sup> Sophie Chevallier, *Le particularisme de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme en matière de mesures non pécuniaires de réparation et son influence sur l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre. Disponible en: <http://blogs.u-paris10.fr/content/le-particularisme-de-la-jurisprudence-de-la-courinteram%C3%A9ricaine-des-droits-de-l%E2%80%99homme-en--o>

<sup>31</sup> Jorge Calderón, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>

de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional establecida.<sup>32</sup>

De acuerdo con el artículo 68 de la CADH, los Estados deben cumplir las sentencias dictadas en los casos en que sean parte, por lo que están obligados a asegurar la implementación de las decisiones de la Corte IDH a nivel nacional. Además, en virtud del artículo 67 de la CADH, los Estados miembros deben cumplir las sentencias en su totalidad y de manera pronta, por lo que se vincula a todos los poderes y órganos que los constituyen.<sup>33</sup> Aunado a lo anterior, las sentencias de la Corte IDH tienen carácter definitivo e inapelable,<sup>34</sup> y solo se permite a las partes solicitar su interpretación, sin que se suspenda la ejecución de la sentencia.<sup>35</sup> Lo anterior significa, además, que los Estados no pueden modificar o incumplir las reparaciones establecidas en las sentencias, las cuales determinan su alcance, naturaleza, métodos y beneficiarios.

La obligación de cumplir se encuentra integrada a la buena fe que el Estado asume cuando se vuelve parte de la CADH, por lo que no se trata de una nueva obligación surgida en el momento en que se determina una violación. De este modo, una vez que la Corte IDH señala la existencia de la violación, e indica cuáles serán las reparaciones y el pago de costas en un caso sometido a su jurisdicción, el Estado deberá asumir el cumplimiento de la sentencia.

La Corte IDH también ha vinculado el acatamiento de las sentencias al principio del *effet utile*, al considerar que los Estados deben garantizar el cumplimiento de la CADH y sus efectos inherentes a nivel nacional. Aunado a lo anterior, es importante indicar que la observancia de las sentencias por los Estados puede ser considerada como una parte integral del derecho de acceso a la justicia,<sup>36</sup> lo que implica que su incumplimiento puede presumir la negación de ese derecho. En ese sentido, para el sistema interamericano, el incumplimiento de las medidas de reparación que establecen las sentencias de la Corte IDH implica la negación del Estado de dar acceso a la justicia internacional a las víctimas y a sus beneficiarios.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Corte IDH, Casos Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 septiembre 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 100, párr. 117; Las Palmeras vs. Colombia, Sentencia de 26 noviembre de 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 96, párrs. 68 y 69; Caracazo vs. Venezuela, Sentencia de 29 agosto 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 95, párr. 119, entre otros.

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 28 noviembre 2003, Competencia, Serie C, núm. 104, párr. 60.

<sup>34</sup> Víctor Rodríguez, *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. Disponible en: [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1574/lectura\\_sentencias-corte-idh.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1574/lectura_sentencias-corte-idh.pdf)

<sup>35</sup> CADH, artículo 67 y Reglamento de la Corte IDH, artículo 68.

<sup>36</sup> CADH, artículos 8 y 25.

<sup>37</sup> Sabrina Vannuccini, "Members States compliance with the Interamerican Court of Human Rights. Judgments and orders requiring non pecuniary reparations", *Inter-Am. & Eur. Hum.*

El cumplimiento de las sentencias es una obligación que deben asumir los Estados parte. Sin embargo, como sucede con otros sistemas regionales de protección de derechos humanos, la ejecución de las sentencias dictadas por sus respectivos órganos competentes se encuentra directamente relacionada con la eficacia del propio sistema de protección regional, razón por la cual la existencia de mecanismos de supervisión de cumplimiento tiene tanta importancia. Cuando se habla de la supervisión de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH es importante comprender su origen, funcionamiento y eficacia; por ello, aunque se hizo de manera breve, se explicó el funcionamiento del sistema interamericano con especial atención a las peticiones individuales, desde la presentación del caso ante la CIDH hasta el establecimiento de las medidas de reparación en las sentencias de la Corte IDH, que constituyen un elemento base en el mecanismo de supervisión.

## **2. Supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH. Surgimiento del actual mecanismo**

La supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH corresponde principalmente a este organismo. Sin embargo, existe la posibilidad de enviar algunos asuntos a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (AGOEA), en aplicación del artículo 65 de la CADH, a efectos de lograr el cumplimiento de sentencias por parte de algunos Estados que no han cumplido o han dejado de enviar informes de cumplimiento al tribunal.

### **2.1. Facultad de supervisión de sentencias de la Corte IDH. El nacimiento de un procedimiento a cargo de un órgano jurisdiccional**

A diferencia de los sistemas regionales de protección de derechos humanos europeo y africano, que cuentan con órganos políticos encargados de la supervisión del cumplimiento de las sentencias, en el sistema interamericano, la supervisión está a cargo de un órgano jurisdiccional, que es la propia Corte IDH.

En el caso europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en su artículo 46.2, dispone que la sentencia definitiva de la Corte será transmitida al Comité de Ministros del Consejo de Europa que supervisará la ejecución. Dicho Comité es el cuerpo colegiado con sede en Estrasburgo, compuesto por los ministros de asuntos extranjeros de los Estados miembros. En sus actuaciones, el Comité se rige por las Reglas de Supervisión de la Ejecución de Sentencias y los Acuerdos de

---

*Rts. J.*, núm. 7, p. 225. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/intereur7&div=14&id=&page=>

Solución Amistosa, aprobados el 10 de mayo de 2006.<sup>38</sup> En el sistema africano, por su parte, el artículo 29.2 del Protocolo determina el seguimiento de la ejecución de las sentencias de la Corte al Consejo Ejecutivo de la Unión Africana (UA), el cual se compone del conjunto de ministros de asuntos extranjeros de los Estados miembros de la UA.<sup>39</sup>

## 2.2. Jurisdicción de la Corte IDH para supervisar sus sentencias. Un régimen construido en el contexto de su competencia contenciosa

De conformidad con el contenido del artículo 65 de la CADH, la Corte IDH elabora y presenta informes anuales de actividades ante la AGOEA, a través de los cuales, entre otras cuestiones, detalla la ejecución y el cumplimiento de sus sentencias.

En 1999, la Corte IDH emitió un informe por medio del cual solicitó a la AGOEA que exhortara al Estado de Perú a cumplir las sentencias que habían sido dictadas en su contra. Al respecto, la Asamblea manifestó que su postura respecto a la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte consistía en que “dicha supervisión le compet[ía] al mismo tribunal”. Entonces, se determinó que los Estados debían entregar sus informes de supervisión de cumplimiento a la Corte IDH, los cuales serían tomados como base para la emisión de los reportes anuales de la Corte ante la AGOEA.<sup>40</sup> Así, la Corte IDH se hizo cargo de la supervisión de cumplimiento de sus sentencias, tomando en consideración que los Estados parte de la Convención debían garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y el principio de *efecto útil* que se espera de ellas.<sup>41</sup>

Sin embargo, comenzaron a alzarse voces en contra de la supervisión de cumplimiento de las sentencias por parte de la Corte IDH, por estimar que carecía de competencia para hacerlo, como en el emblemático caso de supervisión de la Sentencia “Baena Ricardo y otros vs. Panamá” de 2003. El razonamiento, por primera vez sostenido, en contra de la competencia del tribunal interamericano fue el siguiente:

---

<sup>38</sup> Encarna Carmona, “La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”, Seminario Internacional: impacto y desafíos de la supervisión de cumplimiento de sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, Heidelberg, Instituto Max Planck, 18 y 19 de julio de 2016, p. 5. Disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)007-spa)

<sup>39</sup> Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH), *Guide pratique. La Cour Africaine des Droits de l’Homme et des peuples, vers la Cour Africaine de Justice et des Droits de l’Homme*, Paris, FIDH, 2010. Disponible en: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/Guide-CourAfricaine.pdf>

<sup>40</sup> Calogero Pizzolo, *Sistema interamericano: la denuncia ante la Comisión Interamericana. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2007, p. 235.

<sup>41</sup> Osvaldo A. Gozáini, *Derecho procesal transnacional. Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014, p. 560.

No es posible que la Corte, a través de una práctica constante, extienda unilateralmente su función jurisdiccional para crear una función supervisora de sus sentencias, en contraposición de lo dispuesto en la Convención y en su Estatuto, en lugar de someter a la Asamblea General de la OEA sus “proposiciones o recomendaciones” sobre cualquier “mejoramiento [...] en lo relacionado al trabajo de la Corte”. La Corte tampoco puede crear tal función bajo criterios de su *compétence de la compétence*.<sup>42</sup>

Panamá no solo cuestionó la competencia de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, sino que también citó como ejemplos al sistema europeo de protección de derechos humanos y al sistema de las Naciones Unidas y manifestó que tanto la Convención Europea como la Carta de las Naciones Unidas, a diferencia de la CADH, dan competencia expresamente al Comité de Ministros para supervisar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y al Consejo de Seguridad para supervisar los fallos de la Corte Internacional de Justicia respectivamente.<sup>43</sup>

d) el artículo 65 de la Convención “es cónsono con lo establecido en los instrumentos jurídicos que desde hace décadas sirven de fundamento a otros tribunales internacionales”. Al respecto, el artículo 94.2 de la Carta de la ONU reconoce expresamente que la función supervisora del cumplimiento de los fallos de la Corte Internacional de Justicia se encuentra a cargo del Consejo de Seguridad de la ONU y no de dicho tribunal. La Corte Internacional de Justicia nunca ha intentado supervisar el cumplimiento de sus fallos, ya que reconoce que esa función es competencia exclusiva del Consejo de Seguridad. Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos le concede esa función supervisora del cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos al Comité de Ministros. La Corte Europea de Derechos Humanos nunca ha interferido en la función supervisora del Comité de Ministros.<sup>44</sup>

Al resolver el caso de Panamá, la Corte IDH indicó de manera clara y precisa las razones de su competencia y manifestó: “La jurisdicción comprende la facultad de administrar justicia [y] no se limita a declarar el derecho, sino que también comprende la supervisión del cumplimiento de lo juzgado”, ya que sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. En la misma sentencia, la Corte IDH observó que era necesario establecer y poner en funcionamiento mecanismos o procedimientos para la supervisión del cumplimiento de las decisiones judiciales, toda vez que el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las sentencias se traduce no solamente

---

<sup>42</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, cit., párr. 54, inc. c).

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> Sin embargo, no debemos olvidar que en términos del artículo 46 de la CEDH, se permite constatar a la Corte EDH la falta de cumplimiento por parte de un Estado.

en la materialización de la justicia para el caso concreto, sino también en la materialización de la jurisdicción y que “en caso contrario se estaría atentando contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal”.<sup>45</sup>

Cabe decir que unos meses antes de que resolviera el caso Baena, la Corte IDH ya había subrayado en un informe la necesidad de modificar el artículo 65 de la CADH, al considerar como una debilidad para la implementación del sistema de supervisión la falta de un órgano *ad hoc*, que operara desde una base permanente y que estuviera dedicado al control del cumplimiento de las sentencias.<sup>46</sup>

Los argumentos que han cuestionado la competencia de la Corte IDH en materia de supervisión de cumplimiento de sentencias han tenido como base principal, primero, la falta de precisión normativa competencial y, segundo, la falta de precisión del procedimiento para la su ejecución. Es por ello que algunas personas se han pronunciado a favor de la emisión de un protocolo adicional a la CADH, que regule y especifique las competencias de la Corte IDH en cuanto a las facultades de supervisión de cumplimiento de sus sentencias.<sup>47</sup>

Cuando la CADH fue creada, no se determinó que la Asamblea General o el Consejo Permanente de la OEA tuvieran una función similar a la del Comité de Ministros en el sistema europeo y, hasta ahora, no existe ningún organismo jurisdiccional, distinto de la Corte IDH, o político, diferente de las instancias previstas en la Carta de la OEA, al que se remitan los casos de supervisión de las sentencias de la Corte IDH.<sup>48</sup>

Sin embargo, el “vacío normativo”, es decir, la ausencia de una norma que refiriera de manera expresa la competencia de la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus sentencias, se resolvió, ya que durante el Octogésimo Segundo Periodo Ordinario de Sesiones, específicamente el 29 de enero de 2009, se modificó el Reglamento de la Corte IDH, a fin de establecer en su artículo 63, aunque de manera muy breve, la forma en que se efectuaría el proceso de supervisión de sentencias por la Corte IDH.

Lo anterior permite afirmar que la facultad que tiene la Corte IDH para supervisar el cumplimiento de sus sentencias deriva de sus atribuciones jurisdiccionales, y que su actuación tiene una relación directa con la efectividad de los derechos humanos en la región americana. Así, si observamos las consideraciones de las

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, cit., párr. 72.

<sup>46</sup> Corte IDH, “Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., San José de Costa Rica, Corte IDH, mayo de 2003, p. 664. Citado en Vittorio Corasaniti, “Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario”, *Revista IIDH*, vol. 49, enero-junio 2009, p. 15.

<sup>47</sup> María Saldaña, *La ejecución y cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis a través del caso de los Estados Unidos Mexicanos*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 16-18.

<sup>48</sup> García, *op. cit.*, p. 129.

resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, se advertirá que estas inician de la siguiente manera: “En el ejercicio de su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, la Corte ha venido supervisando la ejecución de la Sentencia emitida en el presente caso”.

### **2.3. Fundamento de la jurisdicción de la Corte IDH para efectuar supervisión de cumplimiento de sus sentencias**

En el primer apartado de este documento se analizó el funcionamiento del sistema interamericano, y en el anterior se señalaron los orígenes del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH, por lo que es posible conocer parte de las normas que constituyen el fundamento de su jurisdicción para efectuar supervisión de cumplimiento de sentencias. En este apartado se referirán las diversas normas que dan fundamento a dicha facultad.

El primer artículo es el 33 de la CADH, el cual señala que uno de los dos órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en la CADH es la Corte IDH. El siguiente artículo es el 62.1 de la CADH, ya mencionado, donde se señala que todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria la competencia de la Corte IDH. El artículo 62.3 también es parte del fundamento, al dar competencia a esta Corte para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH que le sea sometido. Después, encontramos el artículo 65 de la CADH, ya citado, que dispone el deber de la Corte IDH de someter a consideración de la Asamblea General de la OEA un informe anual sobre su labor, donde señala los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

Relacionado con el anterior, se encuentra el artículo 30 del Estatuto de la Corte IDH que indica:

La Corte someterá a la Asamblea General de la OEA, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe de su labor en el año anterior. Señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. Podrá también someter a la Asamblea General de la OEA proposiciones o recomendaciones para el mejoramiento del sistema interamericano de derechos humanos, en lo relacionado con el trabajo de la Corte.

Asimismo, tenemos el referido artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH que dispone la manera en que se realizará la supervisión de las sentencias este organismo. Por último, es preciso tener presente el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone el principio de buena fe.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Amelia Brenes, *Supervisión de cumplimiento de sentencias. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Conferencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José



Además, la facultad de supervisión de la Corte IDH encuentra sustento en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se traduce en la obligación de los Estados de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”,<sup>50</sup> lo cual significa que el cumplimiento de sentencias debe considerarse una parte integral del derecho de acceso a la justicia (CADH, arts. 8 y 25).

Como se observa, las facultades expresadas en las resoluciones de la Asamblea General, el contenido de la Convención y las interpretaciones de la propia Corte IDH dan soporte legal a la facultad de supervisión de cumplimiento de sus sentencias. Aunado a lo anterior, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, la Corte IDH tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*).<sup>51</sup>

Cabe aclarar que los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria<sup>52</sup> presuponen la admisión por los Estados del derecho de la Corte IDH a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción,<sup>53</sup> como en este caso es la función de supervisión del cumplimiento de sus sentencias, por lo que la objeción, o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte, es considerada inocua.<sup>54</sup>

## 2.4. Funcionamiento de la supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte IDH

Actualmente, y desde 2015, la Corte IDH cuenta con una unidad encargada del trámite de supervisión de cumplimiento de sentencias. Una vez emitida la sentencia, con apoyo de dicha unidad, la Corte IDH supervisa el cumplimiento de sus fallos mediante un procedimiento escrito y, si lo estima pertinente, en una o varias audiencias, lo cual hará con base en la información presentada por las partes (Estado, víctima o representantes de la víctima y CIDH).

En términos generales, la Corte realiza un análisis sobre el estado de cumplimiento de las medidas de reparación dictadas en un caso y, con base en ese análisis, determina si existe un cumplimiento total, parcial o un incumplimiento total de la sentencia.

Si la Corte considera que se cumplieron solo determinadas reparaciones emitirá una resolución indicando que hubo cumplimiento parcial y solicitará al

---

de Costa Rica, 11 de octubre de 2016.

<sup>50</sup> CADH, art. 25.2, inc. c).

<sup>51</sup> Corte IDH, Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 94, párr. 17, e Hilaire vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Excepciones Preliminares, Serie C, núm. 80, párr. 69.

<sup>52</sup> CADH, artículo 62.1.

<sup>53</sup> Cfr. Hilaire vs. Trinidad y Tobago, cit., párr. 18, entre otros casos.

<sup>54</sup> *Idem*.

Estado que presente un nuevo informe sobre las demás reparaciones pendientes de cumplimiento. Asimismo, si la Corte estima que no cuenta con suficiente información para emitir una resolución, y considera que lo más adecuado es obtenerla directamente de forma oral, podrá convocar una audiencia, en la cual comparezcan el Estado, los representantes de las víctimas y la CIDH.

En atención al cumplimiento del Estado, la Corte emitirá una o varias resoluciones de supervisión de sentencia en un mismo caso, pues es posible que, en un momento, el Estado haya cumplido la sentencia de manera parcial y se haya dictado una resolución de cumplimiento parcial y, posteriormente, cumpla el resto de las medidas y, entonces, la Corte IDH dicte el cumplimiento total de la sentencia.

Por otra parte, la Corte podrá determinar si procede aplicar estrategias de supervisión conjunta, lo que significa que puede analizar el cumplimiento de sentencias que tengan medidas de reparación en común, siempre y cuando sean de un mismo Estado y no se trate de medidas de reparación pecuniarias. Lo anterior significa que la Corte efectúa audiencias para el cumplimiento de sentencias de forma individual, es decir, para cada caso, pero también audiencias conjuntas respecto de una misma medida de reparación que está pendiente de ser cumplida por un mismo Estado en varios casos.

El artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH indica que la supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del tribunal se realizará mediante la presentación de informes del Estado, de las observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes legales y de las observaciones de la CIDH a los referidos informes y observaciones de las víctimas. Además, cuando lo considere pertinente, el tribunal podrá convocar a las partes a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Al respecto, el Reglamento de la Corte IDH señala que una vez que el tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

Como se observa, la Corte IDH ha creado un mecanismo que se desarrolla principalmente mediante el sistema de informes de los Estados,<sup>55</sup> observaciones de las víctimas y sus representantes,<sup>56</sup> observaciones de la CIDH<sup>57</sup> y audiencias,<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Los Estados emiten informes para comunicar a la Corte IDH el estado de cumplimiento de la sentencia y las acciones que ha implementado para ese fin.

<sup>56</sup> Las observaciones emitidas por las víctimas y sus representantes analizan la información enviada por el Estado en sus informes y califican el grado de cumplimiento de la sentencia, es decir, indican si consideran cumplidas las disposiciones inscritas en los resolutivos y envían información complementaria.

<sup>57</sup> A través de las observaciones emitidas por la CIDH, se hace una apreciación de la información, a efecto de manifestarse respecto al estado de cumplimiento de la sentencia, indicando aquella información que se considera faltante.

<sup>58</sup> Cuando la Corte IDH lo considera necesario, a petición de la CIDH o los representantes, puede ordenar la celebración de audiencias en las que se dirimen situaciones relacionadas con la ejecución de sentencias.

pero también, mediante cartas y solicitudes de información adicional.<sup>59</sup> Esta se complementa con reportes de algunas instituciones, del propio tribunal y escritos de *amicus curiae*.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.2<sup>60</sup> del Reglamento de la Corte IDH, en casos específicos el tribunal podrá requerir información a entidades estatales que tengan repercusión directa en la ejecución de las medidas de reparación, así como a expertos en la materia.

La facultad prevista en el artículo 69.2 del Reglamento de la Corte IDH se utilizó por primera vez durante el caso de supervisión de cumplimiento conjunto de 11 casos *vs.* Guatemala, resuelto el 21 de agosto de 2014,<sup>61</sup> para verificar el cumplimiento de la medida de reparación consistente en investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos.<sup>62</sup>

Por su parte, y de manera excepcional, por medio de la aplicación del artículo 65 de la CADH,<sup>63</sup> la Corte podrá informar a la Asamblea General de la OEA acerca de los casos en que un Estado haya incumplido sus fallos, a fin de lograr su cumplimiento.

De conformidad con el informe anual de la Corte IDH de 2017, de los 182 casos que se encontraban en fase de supervisión de sentencia, en 15 se ha puesto en marcha el procedimiento previsto en el referido artículo 65 de la Convención.<sup>64</sup>

La aplicación del artículo 65 de la CADH surge de la creación, por los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos, de una herramienta de seguridad colectiva, la cual obedece al interés de mantener el sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos crearon y evitar que la justicia interamericana se convirtiera en una ilusión.

La Corte IDH aplicará las disposiciones del artículo 65 de la CADH con el fin de informar a la Asamblea General de la OEA sobre el incumplimiento de una sentencia

---

<sup>59</sup> Las cartas son documentos que emite la Secretaría de la Corte por instrucciones del presidente para requerir información adicional: aclaraciones, respuestas a cuestionamientos concretos y muchas otras cuestiones.

<sup>60</sup> La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

<sup>61</sup> Corte IDH, Caso Supervisión conjunta de 11 casos *vs.* Guatemala, Resolución de 21 de agosto de 2014, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

<sup>62</sup> La Corte IDH solicitó al Fiscal General de la Nación de Guatemala enviar la información que estimara relevante, relativa a la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en Guatemala, incluyendo las dificultades que estuvieran presentándose como obstáculo para cumplir.

<sup>63</sup> CADH, artículo 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada periodo ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

<sup>64</sup> Corte IDH, *Informe anual 2017*, San José, 2018, pp. 98 y 99. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>

y solicitarle que, de conformidad con su labor de protección del efecto útil de la CADH, inste a los Estados interesados a que respeten las denominadas sentencias.

### **3. Avances e innovación en el desempeño de la supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH**

El compromiso de los órganos que integran el sistema interamericano ha llevado a buscar respuestas a las exigencias y necesidades que se presentan en materia de supervisión de cumplimiento de sentencias a través de la innovación e implementación de nuevos mecanismos. Aquí se referenciarán los más recientes.

#### **3.1. Creación de la Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias de la Corte IDH**

Para lograr efectividad en su labor de supervisión, la Corte IDH ha tenido que innovar incluso en su organización interna; tal es el caso de la creación de una Unidad de la Secretaría de la Corte dedicada exclusivamente a la supervisión de cumplimiento de sentencias, ya que hasta 2015, año en que esta entró en funcionamiento, no existía un área que se dedicara específicamente a dicha supervisión, tarea que se distribuía entre los diferentes equipos de trabajo del área legal de la Secretaría de la Corte.<sup>65</sup>

Para analizar el cumplimiento de una sentencia, la Unidad de Supervisión toma en consideración cuestiones como la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de reparaciones, el impacto de reparaciones similares en otros casos, los obstáculos que se han presentado para el cumplimiento de las medidas de reparación, entre muchas otras.

La creación de la Unidad de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias significó un avance importante, que permite identificar con mayor eficacia obstáculos, retos y problemas estructurales en el cumplimiento de las sentencias.

#### **3.2. Audiencias de supervisión de sentencias en el territorio de los Estados condenados**

También, en el año 2015, la Corte IDH realizó por primera vez audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias en el territorio de los Estados condenados internacionalmente.

En 2015 fue posible efectuar audiencias públicas en Honduras y en Panamá, gracias a la colaboración de los Estados respecto de las sentencias de los casos

---

<sup>65</sup> Corte IDH, *Informe anual 2015*, San José, p. 65. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2015/espanol.pdf>

Juan Humberto Sánchez,<sup>66</sup> López Álvarez,<sup>67</sup> Servellón García y otros,<sup>68</sup> Kawas Fernández,<sup>69</sup> Pacheco Teruel y otros<sup>70</sup> y Luna López,<sup>71</sup> todos contra Honduras, así como en el Caso de los Pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano contra Panamá.

En términos del *Informe anual 2015*, el 28 de agosto de 2015 se celebró, ante el pleno de la Corte, una audiencia privada conjunta para los casos de Honduras, en la cual participó la víctima de uno de los casos, así como los representantes de las víctimas de diversas organizaciones de la sociedad civil. Igualmente, participaron funcionarios del Estado de Honduras, de diversas instituciones, como la Procuraduría General de la República; el Instituto Nacional Penitenciario; la Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad; la Secretaría de Justicia, Derechos Humanos, Gobernación y Descentralización; el Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia; y asesores legales de la Secretaría de la CIDH.<sup>72</sup>

Por su parte, el 15 de octubre de 2015 tuvo lugar en Ciudad de Panamá la audiencia privada de supervisión de cumplimiento del Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano *vs.* Panamá,<sup>73</sup> realizada a solicitud del Estado de Panamá y precedida por una visita al territorio de las comunidades Ipetí y Piriati de Emberá de Bayano. Durante las diligencias se supervisaron las medidas de reparación relativas al deber del Estado de garantizar el derecho de propiedad colectiva de las comunidades Ipetí y Piriati Emberá. Además, en la audiencia, el Estado brindó información sobre el cumplimiento de otras medidas ordenadas en la Sentencia.<sup>74</sup>

---

<sup>66</sup> Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez *vs.* Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 99.

<sup>67</sup> Corte IDH, Caso López Álvarez *vs.* Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 141.

<sup>68</sup> Corte IDH, Caso Servellón García y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 152.

<sup>69</sup> Corte IDH, Caso Kawas Fernández *vs.* Honduras, Sentencia de 3 de abril de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 196.

<sup>70</sup> Corte IDH, Caso Pacheco Teruel y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 241.

<sup>71</sup> Corte IDH, Caso Luna López *vs.* Honduras, Sentencia de 10 de octubre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 269.

<sup>72</sup> Corte IDH, *Informe anual 2015, op. cit.*, pp. 71 y 72.

<sup>73</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano *vs.* Panamá, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 284.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 73.

### 3.3. Diligencias judiciales en el territorio del Estado

Como se advierte del numeral anterior, en ese mismo año 2015, la Corte IDH realizó una diligencia judicial en el territorio de una comunidad indígena en Panamá (visita *in loco*) con el objeto de observar directamente su territorio y recibir información.<sup>75</sup> La diligencia judicial se llevó a cabo el 15 de octubre de 2015, lo que significó que, por primera vez, una delegación de la Corte efectuara una diligencia *in situ* en el marco de la supervisión de cumplimiento de una sentencia. Dicha visita se llevó a cabo en Panamá, específicamente, en el territorio de las comunidades Ipetí y Piriati de Emberá de Bayano, dentro de la tramitación del proceso de supervisión de cumplimiento la sentencia del Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano.<sup>76</sup>

## Conclusiones

La Corte IDH considera que el incumplimiento de las sentencias constituye un desconocimiento de las obligaciones emanadas de la sentencia dictada por el tribunal y de los compromisos convencionales del Estado, e impide que se reparen las violaciones de los derechos humanos declaradas en los fallos, de manera que despoja del efecto útil (*effet utile*) de la Convención en el caso concreto.<sup>77</sup>

Actualmente existen 175 casos vigentes en etapa de supervisión, 14 casos en que se ha aplicado el artículo 65 de la CADH<sup>78</sup> y la situación constatada no ha variado, y 29 asuntos archivados por cumplimiento de sentencia.<sup>79</sup>

Es importante indicar que el hecho de que no exista un alto porcentaje de asuntos archivados por cumplimiento de sentencia no significa que estas se encuentren en un estado de total incumplimiento, pues, como se indicó, la Corte determina el cumplimiento parcial de las sentencias cuando se ha completado parte de las medidas de reparación establecidas, pero restan otras por cumplir, como ocurre con la mayoría de las sentencias.

En congruencia con lo anterior, la Corte IDH recibió durante 2016 más de 200 reportes y anexos de los Estados en 108 de 182 asuntos que se encontraban en fase de supervisión de cumplimiento de sentencia, lo cual implicaba la supervisión de 901 medidas de reparación. Al respecto, resulta interesante observar que durante el año 2016 la Corte realizó labores de supervisión de cumplimiento en el 99% de los

---

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp. 89-102.

<sup>76</sup> *Idem.*

<sup>77</sup> *Cfr.* Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Resolución de 22 de agosto de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Serie C, núm. 127.

<sup>78</sup> En esta lista podemos encontrar a Estados como Ecuador, Haití, Nicaragua, Trinidad y Tobago y Venezuela (Corte IDH, *Informe anual 2017, op. cit.*, pp. 98 y 99).

<sup>79</sup> *Idem.*

casos, es decir, en 181 de los 182 que en ese momento estaban en etapa de supervisión de cumplimiento.<sup>80</sup>

No obstante, no deben pasar inadvertidos diversos factores que afectan el cumplimiento de las sentencias, tales como la reticencia de algunos Estados a cumplir, como es el caso de Venezuela, cuyo Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, al resolver la acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Apitz vs. Venezuela*, el 18 de diciembre de 2008, determinó que el fallo de la Corte IDH era inejecutable y solicitó al Ejecutivo Nacional que denunciara a la CADH en aplicación de lo dispuesto en su artículo 78.<sup>81</sup> Cabe indicar que si bien Venezuela se retiró de la CADH en 2013, sus obligaciones no han desaparecido respecto de las víctimas de violaciones de derechos con relación a las sentencias de la Corte IDH dictadas con anterioridad.

Otro factor es la falta de mecanismos apropiados por parte de los Estados para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH. Este tribunal ha establecido que los Estados parte en la CADH tienen el deber general de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicho tratado para garantizar los derechos que consagra y tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos. No obstante, los Estados no han cumplido integralmente con ese deber.

## Bibliografía

- BRENES, Amelia, *Supervisión de cumplimiento de sentencias. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Conferencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 11 de octubre de 2016.
- CALDERÓN, Jorge, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>
- CARMONA, Encarna, “La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”, Seminario Internacional: impacto y desafíos de la supervisión de cumplimiento de sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos, Heidelberg, Instituto Max Planck, 18 y 19 de julio de 2016. Disponible en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)007-spa)
- CEDH, *Assanidze c. Georgia*, N° 71503/01, 8 de abril de 2004.
- \_\_\_\_\_, *Ilascu y otros c. Moldova y Rusia*, N° 48787/99, 8 de julio de 2004.

<sup>80</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2016*, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/espanol.pdf>

<sup>81</sup> Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Expediente 08-1572.

CORASANITI, Vittorio, "Implementación de las sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un debate necesario", *Revista IIDH*, vol. 49, enero-junio 2009.

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.

\_\_\_\_\_, *Hilaire vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 1 de septiembre de 2001, Excepciones Preliminares, Serie C, núm. 80.

\_\_\_\_\_, *Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 94.

\_\_\_\_\_, *Caracazo vs. Venezuela*, Sentencia de 29 agosto 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 95.

\_\_\_\_\_, *Las Palmeras vs. Colombia*, Sentencia de 26 noviembre de 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 96.

\_\_\_\_\_, "Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer su Mecanismo de Protección (2001)", en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., San José de Costa Rica, Corte IDH, mayo de 2003.

\_\_\_\_\_, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 99.

\_\_\_\_\_, *Casos Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de 18 septiembre 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 100.

\_\_\_\_\_, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 28 noviembre 2003, Competencia, Serie C, núm. 104.

\_\_\_\_\_, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 141.

\_\_\_\_\_, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 152.

\_\_\_\_\_, *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Sentencia de 3 de abril de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 196.

\_\_\_\_\_, *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 241.

\_\_\_\_\_, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Resolución de 22 de agosto de 2013, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Serie C, núm. 127.

\_\_\_\_\_, *Caso Luna López vs. Honduras*, Sentencia de 10 de octubre de 2013, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 269.

\_\_\_\_\_, *Caso Supervisión conjunta de 11 casos vs. Guatemala*, Resolución de 21 de agosto de 2014, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

\_\_\_\_\_, *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano vs. Panamá*, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 284.

\_\_\_\_\_, *Informe anual 2015*, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/talbas/informe2015/espanol.pdf>



- \_\_\_\_\_, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes*, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2016.
- \_\_\_\_\_, *Informe anual 2016*, San José. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2016/espanol.pdf>
- \_\_\_\_\_, *Informe anual 2017*, San José, 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2017/espanol.pdf>
- CHEVALLIER, Sophie, *Le particularisme de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme en matière de mesures non pécuniaires de réparation et son influence sur l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre. Disponible en: <http://blogs.u-paris10.fr/content/le-particularisme-de-la-jurisprudence-de-la-courinteram%C3%A9ricaine-des-droits-de-l%E2%80%99homme-en--o>
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME (FIDH), *Guide pratique. La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des peuples, vers la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme*, Paris, FIDH, 2010. Disponible en: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/GuideCourAfricaine.pdf>
- GARCÍA, Sergio, *Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., *Derecho procesal transnacional. Los procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- GRUPO DE MONITOREO INDEPENDIENTE DE EL SALVADOR (GMIES), *Manual básico de litigio internacional de los derechos laborales*. Disponible en: <http://www.gmies.org/manual/documentos/Manual/26procedimientoantelacomipdf>
- LAMBERT, Elisabeth y Kathia MARTIN-CHENUT, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'Homme: la Cour Interaméricaine, pionnière et modèle?*, France, Société de Législation Comparée, 2010.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Quiénes somos*. Disponible en: [http://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Resolución sobre Cuba AG/RES. 2438 (XXXIX-O/09)*. Disponible en: <http://www.latinreporters.com/OEAresolution-Cubao3062009Espagnol.pdf>
- PIZZOLO, Calogero, *Sistema interamericano: la denuncia ante la Comisión Interamericana. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2007.
- RODRÍGUEZ, Víctor, *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009. Disponible en: [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1574/lectura\\_sentencias-corte-idh.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1574/lectura_sentencias-corte-idh.pdf)

SALDAÑA, María, *La ejecución y cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis a través del caso de los Estados Unidos Mexicanos*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 16-18.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, Sala Constitucional, Sentencia de 18 de diciembre de 2008, Expediente 08-1572.

VANNUCCINI, Sabrina, "Members States compliance with the Interamerican Court of Human Rigths. Judgments and orders requiring non pecuniary reparations", *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, núm. 7. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/intereur7&div=14&id=&page=>

**Marcela Rita Ortiz Torricos\* (Bolivia)**

## **Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en Bolivia**

### **RESUMEN**

Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son responsables del cumplimiento de los fallos que tienen la calidad de cosa juzgada. Con ese mérito, las sentencias deben ser cumplidas por el Estado parte, sobre la base del criterio de responsabilidad internacional del Estado (*pacta sunt servanda*), como el principio de cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento de sus fallos. En el caso del Estado boliviano, faltan mecanismos jurídicos internos, políticos y otros que aseguren el cumplimiento a cabalidad de las sentencias.

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, cumplimiento, incumplimiento.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die Unterzeichnerstaaten der Amerikanischen Menschenrechtskonvention sind für die Umsetzung der Entscheidungen verantwortlich, die rechtskräftig sind. Dementsprechend sind die einzelnen Vertragsstaaten verpflichtet, die Urteile entsprechend den Grundsätzen der völkerrechtlichen Verantwortung des Staates (*pacta sunt servanda*) und der Erfüllung der vertraglichen Bestimmungen und ihrer Wirkungen (*effet utile*) im innerstaatlichen Recht umzusetzen. Der IAGMR ist für die Kontrolle der Umsetzung seiner Entscheidungen zuständig. Im Fall des bolivianischen Staates fehlen die innerstaatlichen rechtlichen und sonstigen Mechanismen, um die uneingeschränkte Umsetzung der Urteile zu gewährleisten.

---

\* Doctora de la Universidad de Valencia (España) y magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente de posgrado de la UASB y de la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. [marcelaortizt@hotmail.com](mailto:marcelaortizt@hotmail.com)

**Schlagwörter:** Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Umsetzung, Nichtbeachtung.

## SUMMARY

The States Parties to the American Convention on Human Rights are responsible for complying with judgments that have the quality of *res judicata*. A State Party must comply with such judgments based on the criterion of the State's international responsibility (*pacta sunt servanda*), as well as the principle of compliance with the provisions of the convention and their effects (*effet utile*) on domestic law. The IACtHR is responsible for supervising the enforcement of its judgments. The Bolivian State lacks domestic legal, political and other mechanisms for ensuring full compliance with these judgments.

**Key words:** Inter-American Court of Human Rights, compliance, non-compliance.

## Introducción

El alcance del cumplimiento de las sentencias de la Corte se analiza a partir del hecho de que es un órgano de protección internacional, cuyos fallos adquieren la calidad de cosa juzgada y, por tanto, deben ser cumplidos a cabalidad por los Estados parte: “Las sentencias de la Corte IDH dictadas en el marco de su competencia contenciosa son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado, es decir, para aquel que fue parte en el caso concreto”.<sup>1</sup>

Así, en aquellos casos en los que se ha declarado procedente una demanda, el Estado parte de la Convención debe garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por parte de las autoridades que dentro del procedimiento interno sean competentes para el efecto;<sup>2</sup> además, la propia Corte IDH también es competente para conocer y supervisar los asuntos relacionados con el cumplimiento de compromisos contraídos por los Estados parte de esta Convención,<sup>3</sup> que en cada periodo ordinario (anualmente) someterá a consideración de la Asamblea General de la organización un informe, donde señalará los casos en que el Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.<sup>4</sup>

En virtud de ello, por una parte, la propia Corte IDH tiene el papel de supervisar que los Estados (en el marco de sus normas internas) cumplan con las obligaciones emergentes de sus decisiones; por otra, las autoridades que ejercen jurisdicción y

<sup>1</sup> César Alfonso, “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur”, en Gisela Elsner (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 78.

<sup>2</sup> Artículo 25.2.c, con relación al artículo 68.1 y 2 de la Convención Americana.

<sup>3</sup> Convención Americana, artículo 33.b.

<sup>4</sup> *Ibid.*, artículo 65.

competencia en cada uno de los Estados parte (en el marco de sus normas internas)<sup>5</sup> tienen la competencia para asegurar la ejecución de las decisiones internacionales.

A partir de esa realidad (con base convencional), aquí se analizarán diversos tópicos vinculados al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH: el alcance del principio de responsabilidad internacional y buena fe del Estado (*pacta sunt servanda*) con referencia al principio de cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos (*effet utile*) en el plano del derecho interno; el alcance de las sentencias declarativas y de condena que debe cumplir cada Estado parte, así como la supervisión de ese cumplimiento por parte de la Corte IDH; y los mecanismos del derecho interno en el país estudiado para determinar si se asegura o no el cumplimiento de los fallos internacionales. Todos estos análisis se efectúan no solo en el contexto normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino conforme a la manera en que la Corte entendió esas previsiones internacionales.

Debe tenerse presente que, por razones de seguridad jurídica, todo procedimiento judicial debe finalizar de manera necesaria, debe acabarse; esto no solo con relación a las sentencias emitidas por autoridades jurisdiccionales dentro de un Estado, sino que también alcanza a aquellos fallos pronunciados a nivel internacional. Esta doctrina se sustenta en la “presunción de verdad que conlleva toda resolución judicial, tanto en los hechos como en los fundamentos de derecho, y en la necesidad de asegurar a las partes que no volverán a ser juzgadas por lo mismo”,<sup>6</sup> es decir que los fallos que resuelven las controversias tienen que adquirir, en algún momento, la calidad de cosa juzgada.

Ahora bien, cuando un fallo internacional adquiere la fuerza de cosa juzgada, conlleva la obligación de ser cumplido, y se produce así la “autoridad de cosa juzgada internacional”, es decir que se “produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva”.<sup>7</sup> Asimismo se ha manifestado: “Una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas. En el supuesto de una sentencia estimatoria de condena a un Estado, todos los poderes, órganos y autoridades del Estado condenado

---

<sup>5</sup> Los Estados parte se comprometen a cumplir las decisiones y ejecutarlas por los procedimientos internos correspondientes, como se entiende de lo regulado por los artículos 2 y 68.2 de la Convención Americana.

<sup>6</sup> Pablo Antonio Fernández, “Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Javier García y Pablo A. Fernández (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 186.

<sup>7</sup> Como reconoció el juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el voto razonado a la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013 en el Caso *Gelman vs. Uruguay*, punto III.C3.32.

están obligados a cumplir con la sentencia, sin que se requiera algún procedimiento o interpretación interno o nacional para ello”.<sup>8</sup>

En consecuencia, los fallos de la Corte IDH que adquieren “autoridad de cosa juzgada internacional” –por su carácter inimpugnable– no tienen posibilidad de revisión, por no preverse medio alguno de impugnación en ningún ordenamiento internacional, razón por la cual dicho fallo adquiere firmeza, como un acto jurisdiccional que pone fin a la controversia internacional. Además debe tenerse presente que el contenido del fallo no solo comprende la parte resolutive o dispositiva de la decisión, sino que también alcanza los razonamientos, las argumentaciones u otras consideraciones (*ratio decidendi*) que dan sentido y fundamento a la determinación internacional.

El concepto de cosa juzgada de las decisiones emitidas por un órgano de protección internacional responde a dos imperativos: por un lado, se debe asegurar que la controversia entre un Estado y un individuo tenga un final; por otro, se debe garantizar que el Estado parte de la Convención la respete. De ahí que “las sentencias definitivas y firmes de la Corte Europea adquieren la autoridad de cosa juzgada, y por tanto poseen carácter obligatorio”,<sup>9</sup> tales sentencias definitivas son emitidas no solo por la Corte Europea sino también por la Corte IDH, fallos firmes que, por los efectos *inter partes* que ocasiona, corresponde su cumplimiento en el caso concreto.

## 1. Principios

El *Diccionario de la lengua española* define la palabra ‘principio’ como “Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia”; esta definición se encuentra vinculada con la desarrollada por Miguel Ángel Ciuro Caldani, cuando expresa que los principios “son esencialmente relevantes, porque allí están de cierto modo los *principios del principio*”.<sup>10</sup> Esto implica que los principios son la base y el núcleo de cualquier sistema jurídico, máxime si se trata de un sistema regional como el interamericano de derechos humanos, porque están destinados a orientar la organización, la estructuración y el funcionamiento armónico del orden convencional, teniendo en cuenta que la CADH regula lo esencial para la comunidad internacional en América, en sus relaciones entre Estados y sus ciudadanos.

<sup>8</sup> Como lo señaló el mismo juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en el caso *Gelman vs. Uruguay*, punto III.B.28.

<sup>9</sup> Héctor Fix-Zamudio, “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”, en Eusebio Fernández (ed.), *Entre la ética, la política y el derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2008, p. 559.

<sup>10</sup> Víctor García, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Lima, Editorial Palestra, 2008, p. 533.

### 1.1. Principio sobre la responsabilidad internacional del Estado (*pacta sunt servanda*)

La obligación de cada Estado parte de cumplir con lo dispuesto por el órgano de protección internacional responde al principio de la responsabilidad internacional del Estado, en virtud del cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).<sup>11</sup> Este principio implica que, por motivos de orden interno, no puede dejarse de cumplir con la obligación internacional que en un momento determinado se asumió, criterio que cuenta con amplio respaldo de la jurisprudencia internacional y nacional.

En el ámbito de la jurisprudencia internacional, la Corte IDH<sup>12</sup> se ha referido al principio de responsabilidad del Estado, en sentido de que “según el derecho internacional las obligaciones que Este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”,<sup>13</sup> es decir que por razones de orden interno, no puede dejarse de asumir la responsabilidad internacional que ya fue establecida; además que las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

### 1.2. Principio del cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano del derecho interno

La obligación de los Estados parte de cumplir las decisiones emitidas por la Corte IDH –con calidad de cosa juzgada y efecto *inter partes*–, por el principio de

---

<sup>11</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, artículo 27.

<sup>12</sup> La Corte IDH, como órgano jurisdiccional del sistema interamericano de derechos humanos, pronuncia sentencias, resoluciones, opiniones consultivas y otras. A partir de la emisión de la CADH se desdobra un sistema dual de protección porque, por un lado, están los Estados que han ratificado o se han adherido a la Convención y se los considera como Estados parte, respecto a los cuales la Corte asume una competencia contenciosa (función jurisdiccional) para conocer cualquier caso relativo a la aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea remitido (CADH, art. 62.3), emitiendo sentencias y resoluciones. Por otro lado, están todos los Estados miembros de la OEA (hayán o no reconocido la competencia contenciosa de la Corte). En estos casos, el alto tribunal ejerce una función consultiva o competencia interpretativa, de manera tal que cualquier Estado puede consultarle acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y de su compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales (CADH, art. 64), emitiendo lo que se conoce como opinión consultiva (OC).

<sup>13</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 14 de 9 de diciembre de 1994, Fallos y Opiniones, Serie A, núm. 14, párr. 35; Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 125; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Resolución de 2 de febrero de 2006, Medidas Provisionales; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Resolución de 2 de febrero de 2006, Cumplimiento de Sentencia.

responsabilidad internacional, se encuentra relacionada con otro principio referido al cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de los derechos internos.

El señalado cumplimiento y efectos han sido desarrollados en la jurisprudencia de la Corte, cuando expresa que un “Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. [...]. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*)”.<sup>14</sup>

Este principio (de asegurar el cumplimiento de las obligaciones convencionales por el derecho interno) se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como todas aquellas destinadas a garantizar el cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, observando la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.<sup>15</sup>

En consecuencia y conforme se entendió en la jurisprudencia, los derechos y las libertades consagrados en la CADH (parte sustantiva) deben ser garantizados y cumplidos de acuerdo con las disposiciones legislativas internas adoptadas por los Estados parte; o, lo que es lo mismo, los Estados parte están obligados a respetar no solo las normas sustantivas o derechos protegidos, reconocidos o consagrados en la Convención, sino también a dictar un procedimiento interno (parte procedimental) que asegure el cumplimiento con fuerza coactiva de las sentencias pronunciadas por ese órgano jurisdiccional.<sup>16</sup>

Cuando el Estado parte no cuenta en su ordenamiento interno con las normas necesarias que aseguren el cumplimiento de los derechos y las libertades de la Convención, se vulnera los artículos 1.1., 2 y 68.2 de este instrumento, lo que da lugar a sentencias declarativas y, finalmente, de condena por incumplimiento de responsabilidad internacional, tal como ha ocurrido en innumerables casos.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 87.

<sup>15</sup> Así se reconoció en el Caso El Amparo vs. Venezuela, Resolución de 4 de julio de 2006, Cumplimiento de Sentencia, cons. 6.º; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Resolución de 7 de febrero de 2006, Cumplimiento de Sentencia, cons. 6.º; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Resolución de 2 de febrero de 2006, Cumplimiento de Sentencia, cons. 6.º; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, cit., cons. 6.º.

<sup>16</sup> Artículo 1.1. con relación a los artículos 2 y 68.2 de la Convención Americana.

<sup>17</sup> Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 207 y 208.



## 2. Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

Los Estados son responsables del cumplimiento de los fallos que adquieren calidad de cosa juzgada, como las *sentencias declarativas y de condena* (de fondo y de reparaciones) que emite la Corte IDH en el ejercicio de su función contenciosa, determinando si hubo o no violación de un derecho o de una libertad protegida por la CADH. En caso de constatar la violación deberá: a) garantizar al lesionado el goce del derecho o la libertad conculcada –en la medida que aquello sea posible–; b) disponer que se reparen las consecuencias de la medida o la situación que ha provocado la vulneración de esos derechos o libertades, y c) indemnizar a la parte lesionada por la vulneración que le ha ocasionado, todo ello en el marco del artículo 63 de la CADH.

Según disponga la sentencia, podrá ser de carácter declarativo cuando “en su fallo se limita a determinar si se produjo una violación del convenio [...] constata una vulneración convencional, sin que aparezca en el fallo qué autoridad pública debe tenerse por responsable directa”;<sup>18</sup> pero también puede pronunciarse una sentencia que no sea estrictamente declarativa sino también condenatoria, en la medida en que se constata la vulneración de derechos o de libertades, emitiéndose una sentencia de “reparaciones”, que “se ha convertido con los años en la piedra fundamental del sistema interamericano”.<sup>19</sup>

Las *sentencias de reparación* (pronunciadas en forma posterior a la sentencia de fondo) referidas a la desaparición forzada estaban destinadas a otorgar una indemnización pecuniaria a los familiares de las víctimas, estableciéndose la forma, la cuantía y las modalidades de la reparación.<sup>20</sup>

Sin embargo, la propia Corte IDH va perfeccionando las formas de reparación, abreviando la tramitación, dictando sentencia de fondo y de reparaciones al mismo tiempo, fijando reparaciones no solamente pecuniarias sino no pecuniarias, cuando son señalados daños de tipo moral, y estableciendo otros medios de compensación.<sup>21</sup>

Ese tipo de jurisprudencia en el ámbito de reparaciones, extensivo del ámbito patrimonial al moral, de conceptos creados (“proyecto de vida”)<sup>22</sup> a factores que

<sup>18</sup> Argelia Queralt, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en García y Fernández, *op. cit.*, p. 230.

<sup>19</sup> Ezequiel Malarino, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Elsner, *op. cit.*, p. 49.

<sup>20</sup> Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo; Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas; Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo.

<sup>21</sup> Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas; Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>22</sup> El concepto “proyecto de vida” se reconoce cuando se produce una pérdida irreparable o grave deterioro en la oportunidad de desarrollo personal, que atende la realización integral

tienen incidencia en la actividad de los órganos de poder de cada uno de los Estados, y otros que se han ido creando, resultan ser precedentes de obligatorio cumplimiento y han dado lugar a que se manifieste:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido especialmente dinámica y evolutiva en el renglón de las reparaciones. El desarrollo de la jurisprudencia interamericana en este ámbito queda de manifiesto cuando se reflexiona sobre la distancia que media entre un régimen de reparaciones concentrado en la indemnización patrimonial –que ciertamente es indispensable y pertinente– y otro que, además de las indemnizaciones, previene medidas de gran alcance en materia de satisfacción moral para las víctimas y prevención de nuevas conductas violatorias: por ejemplo, reformas constitucionales, adopción de leyes, derogación de disposiciones de alcance general, invalidación de procesos y sentencias, reformas políticas o judiciales, etcétera.<sup>23</sup>

En consecuencia, cuando el Estado no protege adecuadamente a la víctima frente a la violación de sus derechos, se encuentra el sistema interamericano de derechos humanos. Una vez culminado el proceso internacional y se dicte sentencia, corresponderá al “Estado involucrado evitar la reiteración de las conductas que llevaron al litigio y acatar las reparaciones que se ordenan, de manera que se permita superar los problemas estructurales, reparar los daños y contribuir a aliviar el sufrimiento de las víctimas”<sup>24</sup>

## 2.1. Supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte IDH tiene a su cargo la supervisión del cumplimiento integral de sus sentencias de fondo y reparaciones. En la parte final de este tipo de sentencias,<sup>25</sup> la Corte declara que será ella la que supervisará el cumplimiento de sus decisiones y dará por concluido el caso solo cuando el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo ordenado por la sentencia.

Es este mismo alto tribunal el que aplica un procedimiento contradictorio para lograr el cumplimiento de sus fallos; al inicio establece un plazo (cuyo cómputo comienza con la notificación de la sentencia) para que el Estado responsable le rinda

---

de la persona afectada, teniendo presente las circunstancias, aspiraciones, potencialidades, aptitudes y vocación.

<sup>23</sup> Voto razonado y concurrente del juez Sergio García en el Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>24</sup> María Martín, Lea Reus y Helena Dávila, *Cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Desafíos en materia de justicia*, San José, Cejil, 2016, p. 109.

<sup>25</sup> Que en realidad son las sentencias declarativas y de condena, en las que se reconoció la vulneración de un derecho y se condena al pago de una determinada reparación por el daño que el Estado demandado ha ocasionado a la víctima.

informes sobre las medidas que asumió destinadas a asegurar el cumplimiento del fallo; ese informe será enviado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>26</sup> y a las víctimas o a sus representantes, a fin de que efectúen las observaciones que consideren pertinentes.

Una vez que las partes le han proporcionado la información solicitada y se han realizado las observaciones que se han creído convenientes, la Corte IDH emite las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias;<sup>27</sup> asimismo, “en el proceso de supervisión de sentencias el tribunal internacional tiene atribuciones para verificar el cumplimiento de las modalidades reparatorias impuestas conforme a las particularidades y situaciones por las cuales el país ha resultado inculpada”.<sup>28</sup>

Además, la Corte pasa a constatar los aspectos concretos en los que el Estado ha dado cumplimiento o aún no lo ha hecho,<sup>29</sup> es decir, determina cuáles aspectos de su sentencia han sido cumplidos y cuáles están aún pendientes. Con relación a estos últimos, se insta al Estado a adoptar las medidas necesarias; con referencia a los que constata cumplimiento (poco comunes), la Corte reconoce que el Estado de Chile ha dado pleno cumplimiento a la sentencia y ordena archivar el caso.<sup>30</sup>

Como muchas veces la Corte IDH se ve imposibilitada para lograr un real y efectivo cumplimiento de una sentencia, somete a consideración de la Asamblea General un informe sobre sus labores y en las recomendaciones señala los casos en que un Estado no ha dado cumplimiento a un fallo,<sup>31</sup> a fin de que este organismo internacional establezca las medidas para el Estado parte infractor; pero durante todo ese tiempo se ha perdido la posibilidad del cumplimiento de la protección dispuesta, por no haber sido ejecutada de manera debida. Con relación a aquellos

---

<sup>26</sup> La CIDH tiene competencias en relación con todos los Estados miembros de la OEA, dirigidas a la promoción de los derechos humanos: formula recomendaciones, asesora a los Estados, visita diferentes países y elabora informes especiales sobre la situación de los derechos humanos y rinde un informe anual a la Asamblea General de la OEA (Convención Americana, arts. 41, incs. a, b, c, d, e y g). A su vez, por su carácter cuasi jurisdiccional, tiene competencias vinculadas única y exclusivamente con referencia a los Estados parte de la Convención, como examinar las peticiones individuales que alegan violaciones por parte de un Estado de un derecho protegido, caso en el que intentan una solución amistosa, que, de no producirse, motiva una recomendación al Estado de las medidas que debe asumir para remediar la violación. En la eventualidad de que no siga lo recomendado, puede hacer público su informe o incluso remitir el caso a la Corte IDH (Convención Americana, arts. 40, inc. f, 44 al 51), que, previo procedimiento contencioso, finalmente emite las sentencias de fondo, reparaciones y de cumplimiento.

<sup>27</sup> Convención Americana, artículo 33.

<sup>28</sup> Silvia B. Palacio de Caeiro, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ley*, núm. 6, 2017. Disponible en: AR/DOC/498/2017.

<sup>29</sup> Como se entendió en la jurisprudencia, tal es el Caso *El Amparo vs. Venezuela*, Resolución de 4 de julio de 2006, Cumplimiento de Sentencia, cons. 8.º y ss.

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), Resolución de 28 de noviembre de 2003, Cumplimiento de Sentencia.

<sup>31</sup> Convención Americana, artículo 65.

casos de supervisión del cumplimiento de las sentencias mediante informes que se someten a consideración de la Asamblea General, su jurisprudencia estableció:

La Corte Interamericana supervisa el cumplimiento de sus sentencias mediante un sistema de informes; es decir, se solicitan al Estado informes sobre el cumplimiento y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas se les otorga un plazo para la presentación de sus observaciones a dichos informes. Luego del estudio de dichos escritos la Corte resuelve si el Estado cumplió o no y, en caso de incumplimiento, aplica eventualmente el artículo 65 de la Convención.<sup>32</sup>

Artículo 65 de la CADH que, como se manifestó, hace referencia a la Corte, que somete a consideración de la Asamblea General un informe sobre sus labores y las recomendaciones para el cumplimiento de sus fallos; sin embargo, esa Asamblea General no tiene un mecanismo real para coaccionar a los Estados.

En consecuencia, por una parte, este procedimiento de supervisión ante la Corte IDH es un “mecanismos de presión más que de aseguramiento de la efectividad de la jurisprudencia, es una manera de enterar al sistema de los avances y efectos de las decisiones de sus órganos de derechos humanos”,<sup>33</sup> por otra parte, las previsiones convencionales relativas a la obligación de los Estados de ejecutar las sentencias, conforme a las normas internas de cada país o la adopción de medidas legislativas o de otra índole que se hubieran impuesto, tampoco son suficientes para asegurar el cumplimiento de una resolución de la Corte IDH, que emerge de un fallo con calidad de cosa juzgada.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el cumplimiento de las medidas de reparación e indemnización, dispuestas en las sentencias de fondo, reparaciones y costas –como se manifestó– se hace efectivo a través de los *mecanismos del derecho interno*, sentencias que deben ser ejecutadas por el respectivo país y de acuerdo con sus normas internas (CADH, art. 68.2). Además, corresponde a los Estados parte adoptar las medidas legislativas o de otro carácter y que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades de las personas (CADH, art. 2), reconocidos en una sentencia de la Corte IDH que adquiere calidad de cosa juzgada y cuya parte resolutive tiene efectos *inter partes*, que obligan al cumplimiento al Estado demandado.

A partir de la regulación normativa referida, la Corte IDH entiende que cada Estado parte debe asumir las medidas necesarias para asegurar la ejecución de la

---

<sup>32</sup> Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Resolución de 22 de noviembre de 2002, Cumplimiento de Sentencia, Serie C, núm. 104, párr. 26.a).

<sup>33</sup> Andréa Viana, “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias”, en Miguel Revenga y Andréa Viana (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 59.

sentencia, garantizando internamente el cumplimiento de las disposiciones convencionales, por el deber que tiene cada Estado de acatar las obligaciones establecidas por el tribunal; adoptando las providencias y medidas que sean pertinentes para dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la Corte, por sus sentencias de fondo y de reparaciones.<sup>34</sup> Asimismo, haciendo referencia al contenido del artículo 1.1 con relación al artículo 2 de la CADH, la Corte IDH entendió en su jurisprudencia que “este artículo [...] recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”.<sup>35</sup> Es decir que cada Estado, a través de sus autoridades del poder público, debe adoptar las providencias y las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de los fallos internacionales, conforme a las normas internas que al efecto se establezcan.

De lo señalado, las sentencias de fondo de la Corte IDH, y más aún las de reparaciones –en caso de constatarse la vulneración de los derechos y las libertades convencionales–, pese a haber adquirido la calidad de cosa juzgada, algunas veces han quedado escritas en un papel, sin ningún valor real, porque las normas internas de los Estados parte no han sido suficientes para asegurar su cumplimiento.

### 3. Mecanismos internos en Bolivia para el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH

Surgen una serie de interrogantes: ¿qué mecanismos internos se han previsto en Bolivia para asegurar el cumplimiento de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH? ¿Esos mecanismos son suficientes para asegurar el cumplimiento de los fallos internacionales? o ¿son las decisiones políticas las que priman sobre las obligaciones convencionales? A fin de responder esos y otros interrogantes con mayor precisión, se analizan aquí los mecanismos internos establecidos en Bolivia para lograr el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

Los Estados parte que se encuentran obligados al cumplimiento de una sentencia dispuesta por la Corte IDH, de reparaciones e indemnización –con autoridad de cosa juzgada–, conforme a los principios de buena fe en el derecho internacional y de cumplimiento en el marco de las normas internas de cada Estado, deben proceder de manera directa a la ejecución de esos fallos.

En cuanto “las sentencias de la Corte IDH no requieren de ningún pase o *execuatur* de derecho interno por los tribunales nacionales para ser ejecutadas por los

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Resolución de 4 de julio de 2006, Cumplimiento de Sentencia, cons. 7.º.

<sup>35</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva de 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación, párr. 30.

Estados partes”<sup>36</sup> al efecto corresponderá a cada Estado designar a su representante ante el tribunal internacional (generalmente a través de las cancillerías de cada país), que será el que proceda a notificar a los obligados para que se cumpla la decisión internacional dentro del marco del derecho interno de cada Estado.

En Bolivia, a partir del año 1996 se inició un plan nacional de acción para la promoción y protección de los derechos humanos, sin mayor repercusión por cuanto no existía un mecanismo interinstitucional para impulsar y promover dichos derechos en el país. En el año 2003<sup>37</sup> se emitieron las primeras normas que buscaban el establecimiento de una instancia centralizadora de los esfuerzos del Estado para lograr el cumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales.

Así, dentro de la estructura del Ministerio de la Presidencia se fijó la existencia de un viceministro de Justicia, con un director general encargado de la defensa pública y de los derechos humanos, entre cuyas atribuciones estaban las de formular políticas al respecto, mediante la vigilancia de su cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos en la agenda internacional; la promoción de su difusión interna y la coordinación de acciones externas en la materia, y el seguimiento y la difusión del desarrollo normativo del derecho en el ámbito internacional.

En 2004 se creó un Consejo Interinstitucional<sup>38</sup> responsable de la elaboración e implementación de la estrategia nacional de derechos humanos, a través de la promoción de la incorporación de las conclusiones y recomendaciones de los distintos comités de derechos humanos y de otros órganos internacionales; el seguimiento para su cumplimiento y ejecución; la realización de actividades para la aplicación de normas internacionales; y la promoción de mecanismos de ejecución de sentencias, resoluciones y recomendaciones de órganos internacionales.

Estos esfuerzos destinados a buscar una instancia dentro del Gobierno boliviano (sea una dirección general de defensa pública o un consejo interinstitucional u otro) que centralice las actividades dirigidas a la ejecución y el cumplimiento de fallos emitidos por órganos internacionales de protección de los derechos humanos se ha ido diluyendo con el tiempo, al haberse dejado sin efecto el Decreto Supremo 26973 de 27 de marzo de 2003.<sup>39</sup>

Actualmente, en la estructura organizativa del Órgano Ejecutivo del Estado Plurinacional de Bolivia, es atribución del ministro de Relaciones Exteriores representar al Estado boliviano en instancias y tribunales internacionales, en coordinación con

---

<sup>36</sup> Carlos M. Ayala, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2007, p. 149.

<sup>37</sup> Reglamento de la Ley de Organización del Poder Ejecutivo, Decreto Supremo 26973 de 27 de marzo de 2003, artículos 12-I y 13 incisos c), d) y h).

<sup>38</sup> Decreto Supremo 27420 de 26 de marzo de 2004, artículos 1, 2 y 9.

<sup>39</sup> Así, el Decreto Supremo 26973 de 2003 ha sido implícitamente abrogado por el Decreto Supremo 29894 de 7 de febrero 2009 y el Decreto Supremo 27420 ha sido abrogado expresamente por el 29851 de 10 de diciembre de 2008.

las entidades nacionales pertinentes;<sup>40</sup> a su vez, es atribución del ministro de Justicia proponer políticas y planes de defensa, protección y promoción de derechos fundamentales con las entidades territoriales autónomas, ejecutando acciones que coadyuven a su reparación e implementación.<sup>41</sup>

Sin embargo, esas dos instancias de gobierno (Ministerio de Relaciones Exteriores y Ministerio de Justicia), no tienen atribuciones específicas que establezcan la obligación de asegurar y vigilar el cumplimiento de fallos internacionales, pues, por un lado, el ministerio de Relaciones Exteriores, en su relación con tribunales internacionales, deriva los asuntos a las diferentes entidades nacionales; y, por el otro, dentro de la estructura del Ministerio de Justicia ya no existe un encargado de la defensa pública y de los derechos humanos que tenga entre sus atribuciones expresas la tarea de vigilar el cumplimiento de fallos internacionales.<sup>42</sup>

No podría dejarse de mencionar la existencia del Plan Nacional de Acción de Derechos Humanos, “Bolivia digna para vivir bien” 2009-2013,<sup>43</sup> destinado a la ejecución de políticas públicas, donde se establece que los órganos e instituciones del Estado deberán programar dentro de sus presupuestos anuales partidas con las cuales ejecutar e implementar las acciones que sean de su responsabilidad, y se crea un Consejo Nacional de Derechos Humanos, como órgano encargado de dirigir, fiscalizar, actualizar o modificar dicho plan nacional de acción de derechos humanos. Sin embargo, este órgano no tiene atribuciones específicas, como las que tuvo el referido Consejo Interinstitucional de Derechos Humanos (creado en 2004, pero que en los hechos nunca llegó a funcionar), ni tiene a su cargo mecanismos de ejecución de sentencias, resoluciones y recomendaciones dadas por instancias de protección supranacional.<sup>44</sup>

Por lo manifestado, se puede afirmar que en Bolivia no existe en la legislación nacional ninguna norma que de manera clara obligue al Estado a ejecutar los fallos ejecutoriados de la Corte IDH; por una parte, las regulaciones internas mencionadas, si bien constituyen un buen intento y avance dentro de los mecanismos con los que cuenta Bolivia, a efecto de lograr el cumplimiento de las decisiones internacionales, no son suficientemente claras y completas para esa finalidad (cumplimiento de fallos). Por otra parte, existe una falla normativa mayor, derivada de su ausencia en la Constitución Política del Estado, donde no se encuentra una regulación que

---

<sup>40</sup> Decreto Supremo 29894 de 7 de febrero de 2009, artículo 17 inciso w).

<sup>41</sup> *Ibid.*, artículo 80 inciso d).

<sup>42</sup> Como ocurría en la previsión de los artículos 12-I y 13 incisos c), d) y h) del Decreto Supremo 26973 de 27 de marzo de 2003, cit.

<sup>43</sup> Decreto Supremo 29851 de 10 de diciembre de 2008.

<sup>44</sup> Pese al tiempo transcurrido (2018) y a las ausencias normativas que se evidencian, ese andamiaje jurídico de 2008 y 2009, que establece la estructura organizativa del Poder Ejecutivo del Estado Plurinacional en cuanto se refiere a las atribuciones de los ministerios de Relaciones Exteriores y Justicia, no ha sufrido ningún cambio, complementación o modificación en los puntos referidos.

de manera expresa imponga que el Estado boliviano tiene la obligación de cumplir con las decisiones de órganos supranacionales.<sup>45</sup> De haber existido esa norma, se habría constituido en una base para desarrollar realmente mecanismos internos de naturaleza jurídica y política que aseguren que el Estado boliviano asuma con mayor responsabilidad las obligaciones internacionales.

En consecuencia, el derecho internacional de los derechos humanos no es una materia adecuada y debidamente desarrollada y aplicada en Bolivia, o no existe base normativa clara ni políticas públicas que aseguren o garanticen el efectivo cumplimiento de obligaciones decididas en sede internacional.

### 3.1. Análisis de casos concretos

Pese a las deficiencias señaladas en el caso boliviano estudiado, no pueden dejarse de mencionar las sentencias de fondo que emitió la Corte IDH<sup>46</sup> en contra del Estado y los esfuerzos que este ha hecho para lograr el cumplimiento de esos fallos internacionales, como se pasa a expresar.

Los casos contenciosos que la Corte IDH (derivados de la CIDH) ha resuelto, estableciendo la responsabilidad internacional del Estado boliviano, son: Trujillo Oroza vs. Bolivia (2000), Ticona Estrada y otros vs. Bolivia (2008), Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010), Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013), I.V. vs. Bolivia (fondo, 2016 y 2017; supervisión de cumplimiento, 2017), Andrade Salmón vs. Bolivia (fondo, 2016; supervisión de cumplimiento). En el Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, la Corte determinó que el Estado boliviano incurrió en responsabilidad internacional por violación de derechos reconocidos y garantizados por la Convención,<sup>47</sup> sobre cuya base dispuso las medidas de reparación que consideró necesarias.<sup>48</sup> Como la denuncia era por violación del derecho a la vida, entre otras, la Corte no podía restablecer la situación anterior o disponer la libertad, pues, como consecuencia de la vulneración, la víctima había fallecido; entonces, dispuso la aplicación de otras medidas destinadas a la reparación de la lesión a favor de los familiares de la víctima,

---

<sup>45</sup> En sentido similar a la segunda parte del artículo 31 de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que señala: “El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”. Se debe tener presente la denuncia a la Convención Americana realizada por Venezuela en septiembre de 2012, y que se hizo efectiva a partir del 13 de septiembre de 2013, que trajo como consecuencia la no aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

<sup>46</sup> La Corte IDH tiene una plataforma activa que permite ubicar con mucha facilidad las sentencias emitidas respecto a cada Estado. Al efecto se puede acceder a Corte IDH, Jurisprudencia, Mapa interactivo, Estados miembros: Bolivia; ver jurisprudencia. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de 26 de enero de 2000, Fondo.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Reparaciones y Costas, punto resolutivo XI, 1 al 6.



fijando la forma y cuantía como modalidades de reparación por el daño inmaterial y material ocasionado a la víctima. Se ha dado un cumplimiento parcial a ciertos puntos resolutivos de la sentencia de reparaciones y costas;<sup>49</sup> se dispuso que el Estado presentara un informe sobre la obligación de emplear todos los medios necesarios para localizar los restos mortales de la víctima y entregarlos a sus familiares;<sup>50</sup> igualmente, que el Estado presentara un informe sobre el cumplimiento hasta el 1 de octubre de 2009<sup>51</sup> y otro hasta el 26 de marzo de 2010;<sup>52</sup> expresamente se declaró que se mantendría abierto el procedimiento de supervisión hasta el cumplimiento total de las obligaciones pendientes, relativas a la localización de los restos e investigación de los hechos.

No se ha dado cumplimiento total a los fallos de fondo, pues a la fecha existen dos obligaciones pendientes:<sup>53</sup> la referida a la búsqueda y entrega de los restos de la víctima a sus familiares, lo que es difícil porque no se conoce exactamente dónde están; y la relacionada con la finalización de la investigación y sanción a los responsables, pues el sistema judicial no deja de ser moroso.

Otro caso que ha dado lugar a la emisión de un fallo de fondo, reparaciones y costas es el relativo al Caso Ticona Estrada y otros *vs.* Bolivia, en el que se pronunció la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, a través de la que se reconoció la responsabilidad internacional del Estado por haberse violado los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida, desaparición forzada de personas, violación de garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de Renato Ticona Estrada y otros.

En la sentencia señalada en el párrafo precedente se dispusieron reparaciones que ordenan que se continúe con la tramitación del proceso penal seguido por la desaparición forzada, se proceda a su búsqueda, se investiguen los hechos ocurridos, se sancione a los responsables, y se disponga que el Estado pague a Honoria Estrada de Ticona y otros sumas de dinero como indemnización por daños materiales e inmateriales y reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Referido a la ceremonia pública para dar el nombre de la víctima a un centro educativo y el pago de costas y gastos (Corte IDH, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de cumplimiento de sentencia de 12 de septiembre de 2005, parte declarativa, punto 1).

<sup>50</sup> Corte IDH, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 21 de noviembre de 2007, parte resolutive, punto 2.

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 12 de agosto de 2009, punto 1.

<sup>52</sup> Corte IDH, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 16 de noviembre de 2009, punto 2.

<sup>53</sup> En la Resolución de 16 de noviembre de 2009 (Supervisión de cumplimiento de sentencia) se deja constancia de que se encuentran dos puntos pendientes de cumplimiento: por una parte, localizar los restos mortales del señor José Carlos Trujillo Oroza, su exhumación en presencia de sus familiares y su entrega; por otra, investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana, identificar y, en su caso, sancionar a los responsables.

<sup>54</sup> En el caso Ticona Estrada y otros *vs.* Bolivia, la Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas) ha sido mencionada en la Sentencia de 1 de julio de 2009 (de Interpretación).

Para el cumplimiento de la sentencia se emitió el Decreto Supremo<sup>55</sup> 0262 de 26 de agosto de 2009, a través del que se establecieron los mecanismos financieros destinados al pago económico; sin embargo, no se ha asegurado el cumplimiento de las otras obligaciones impuestas al Estado boliviano, lo que motivó que la Corte IDH dictara la Resolución de 23 de febrero de 2011 de supervisión de cumplimiento de Sentencia, a través de la cual se reconoció el cumplimiento parcial del fallo y se declararon los puntos incumplidos.<sup>56</sup> Además, se resolvió: “Solicitar al Estado que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el día 7 de junio de 2011, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas”.

Otro caso conocido es el de Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, para el que, abreviando procedimiento, se emitió la Sentencia de 1 de septiembre de 2010 de fondo y de reparaciones, a través de la que se declaró al Estado boliviano responsable de haber violado los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, así como las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio de los señores Rainer Ibsen Cárdenas, José Luis Ibsen Peña y otros.

La sentencia dispuso las medidas que debían asumirse por la lesión o la violación de los derechos: que el Estado iniciara las investigaciones necesarias para determinar todas las responsabilidades respecto a la tortura y vejaciones a que fue sometido José Luis Ibsen Peña; que el Estado acordara con los familiares de las víctimas la designación de un lugar público con los nombres de Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña; que el Estado pagara sumas de dinero como indemnización por daño material e inmaterial, reintegro de costas y gastos, dentro del plazo de un año.

Durante el plazo del año dispuesto (en Sentencia de 1 de septiembre de 2010), el Estado boliviano pronunció el DS 0840 de 6 de abril de 2011 por el que estableció los mecanismos financieros para las medidas indemnizatorias a favor de los beneficiarios de la sentencia, autorizándose traspaso presupuestario a favor del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en coordinación con el Ministerio de Justicia debían asegurar el pago del dinero.<sup>57</sup>

En el Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia (2013) se emitió la Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), que

---

<sup>55</sup> Decreto supremo que es “ley material” porque no emana de la Asamblea Legislativa Plurinacional (que sanciona la “ley formal”) sino de otro órgano del Estado, como el Ejecutivo, que emite normas jurídicas que cumplen con el requisito de contenido referente a su generalidad y objeto, firmadas por el presidente del Estado Plurinacional dentro de su competencia y por los ministros de Estado que correspondan.

<sup>56</sup> Como el deber del Estado de ejecutar la sentencia emitida en el fuero interno, realizando las diligencias pertinentes para hacer efectiva la captura del responsable de los delitos de asesinato y otros.

<sup>57</sup> Se fija el monto de USD 130.000 y de USD 80.000 por concepto de daño material, y de USD 75.000 y USD 80.000 por compensación de daño inmaterial.

declaró al Estado Plurinacional de Bolivia responsable por la violación del derecho a buscar y recibir asilo, del principio de no devolución y otros, violación del derecho a la integridad psíquica y moral y otros, y dispuso que se implementaran programas permanentes de capacitación dirigidos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y Comisión Nacional de Refugiados y otros, por daño material e inmaterial.

La Corte IDH, por Resolución de supervisión de cumplimiento de 17 de abril de 2015, constató que Bolivia dio cumplimiento total a la sentencia, al realizar las publicaciones dispuestas, implementar programas de capacitación y pagar las cantidades fijadas.

Otro caso es el conocido como *I.V. vs. Bolivia* (2016), para el que se emitió sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, en la que se declaró al Estado Plurinacional de Bolivia responsable de la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, dignidad, vida privada y familiar, acceso a la información y a fundar una familia, y dispuso que el Estado debe brindar gratuitamente el tratamiento médico en salud sexual y reproductiva, así como psicológico o psiquiátrico, a la señora I.V. Asimismo, se dispuso que se deben adoptar programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, además de pagos por daño material e inmaterial.<sup>58</sup>

En este caso, Bolivia también dictó Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 14 de noviembre de 2017, que resolvió que el Estado boliviano dio cumplimiento a ciertas medidas.<sup>59</sup> Sin embargo, dispuso mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento hasta que se cumpla la medida de reparación referida a brindar el tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, a la señora I.V., se diseñen cartillas de derechos de las mujeres, se adopten programas de educación y formación sobre consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género.

Otro caso es el *Andrade Salmón vs. Bolivia*, en el que se emitió la Sentencia de 1 de diciembre de 2016 de fondo, reparaciones y costas, declarándose al Estado boliviano responsable de violación de varios derechos: a la propiedad privada, de circulación, a ser juzgado en un plazo razonable, a la libertad personal, a la protección de la honra y de la dignidad y al deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En consecuencia, la sentencia dispuso definir de forma definitiva la situación jurídica de la señora Andrade, pagar sumas de dinero por concepto de indemnización por daño inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos.

---

<sup>58</sup> Corte IDH, Caso *I. V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, interpretada por la Sentencia de 25 de mayo de 2017.

<sup>59</sup> Como la realización de acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso, el pago de las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos.

Por Resolución de 5 de febrero de 2018 de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, se dispuso que el Estado boliviano dio cumplimiento total a las medidas de reparación referidas al levantamiento de medidas cautelares, definición de situación jurídica, publicaciones y pago de cantidades fijadas. Por ello, dio por concluido el caso y dispuso el archivo del expediente.

En la mayoría de los casos analizados se evidencia que la determinación del Estado boliviano se ha quedado en el marco de las indemnizaciones económicas que no aseguran el cumplimiento de todas las obligaciones dispuestas por la Corte IDH<sup>60</sup> en contra del Estado boliviano.

El hecho de que en todos los casos no se haya dado el cumplimiento total de lo señalado en las sentencias de la Corte IDH, probablemente se debe a que en Bolivia no existe una instancia técnica especializada que se encargue de esos temas; a desconocimiento de procedimientos de la materia; a falta de normativa interna expresa, y a la falta de voluntad de las autoridades de cumplir a cabalidad con sus funciones.

Por ello se manifestó que en materia de reparaciones e indemnizaciones “existen todavía deficiencias en las legislaciones internas para establecer un procedimiento adecuado para el cumplimiento de las sentencias condenatorias”.<sup>61</sup> Es urgente entonces que, por lo menos, se vayan emitiendo normas internas que fijen un determinado procedimiento destinado a lograr el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. A partir de ese esfuerzo normativo interno se pueden dar las bases para exigir a las autoridades de gobierno voluntad política para cumplir indemnizaciones que vienen de órdenes internacionales.

#### 4. Algunas reflexiones

Nadie duda del carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH; el problema se presenta en la forma de ejecutarlas.

Cuando la Corte IDH reconoce la vulneración de un derecho convencional y otorga la protección demandada, corresponde ejecutar el fallo de reparaciones –que ha adquirido la calidad de cosa juzgada–; pero no siempre es así, pues estos escritos pueden quedar en el papel, sin ningún valor real porque las normas internas de los Estados parte no han sido suficientes para asegurar su cumplimiento. Esto ha dado lugar a que se afirme: “El SIDH se abstiene deliberadamente de poseer un mecanismo para la ejecución de sus propias decisiones y, en cambio abandera a los mecanismos nacionales que en el fondo ya fueron cuestionados por ineficaces”.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Con algunas excepciones, referidas al Caso Andrade Salmón vs. Bolivia o al Caso Pacheco Tineo vs. Bolivia.

<sup>61</sup> Fix-Zamudio, *op. cit.*, p. 562.

<sup>62</sup> María Carmelina Londoño, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos”, en Enrique Bernal (ed.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 117.

Los mecanismos con los que cuentan los Estados no son suficientes por sí solos para el cumplimiento de las sentencias y la protección dispuesta. Sin duda, lo anterior trae consigo un grave riesgo para el proceso de protección de los derechos humanos en el continente americano, ya que se pierde “la justicia en el caso concreto, pues la víctima difícilmente tiene forma de hacer cumplir –al menos oportunamente– la sentencia a su favor”<sup>63</sup> y, muchas veces, se produce un círculo del que no puede terminar de salir.

En consecuencia, queda claro que la real ejecución de los fallos de la Corte IDH es uno de los puntos más débiles del sistema interamericano de derechos humanos, en la medida en que el control de la eficacia del cumplimiento de los fallos de la Corte está a cargo de la voluntad de cada uno de los Estados obligados; dichos fallos no siempre se cumplen adecuadamente porque los mecanismos internos en algunos casos no existen, en otros no son lo suficientemente eficaces, a veces son lentos, además de la existencia de algún Estado que simplemente no los respeta o no ejecuta los fallos de la Corte IDH.<sup>64</sup>

Si bien algunos Estados son negligentes en la implementación de las decisiones internacionales, existen otros “que organizan el ejercicio del poder público de forma relevante, para impulsar una mejor implementación de las decisiones interamericanas”;<sup>65</sup> por ejemplo, en Colombia, la Corte Constitucional impulsó un programa para que la Vicepresidencia de la República participara activamente en el cumplimiento de las medidas provisionales dictadas por la Corte IDH.<sup>66</sup>

Si esta es la realidad respecto a la forma del cumplimiento de los fallos de la Corte IDH, sería ideal que por lo menos los Estados de la OEA que han reconocido la jurisdicción contenciosa de este alto tribunal firmen un acuerdo o consenso político en el que: i) se comprometan a mejorar sus normas internas para asegurar un adecuado cumplimiento; ii) establezcan el alcance de la responsabilidad internacional, en caso de evidenciarse la inejecución de un fallo de la Corte IDH por alguno

---

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> Existen casos en los que los Estados han declarado la inejecución de algún fallo de la Corte IDH: Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas, fallo declarado inejecutable por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú, el 14 de junio de 1999; Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, fallo declarado inejecutable por Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en resolución de 9 de diciembre de 2008; Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, que dio lugar a que se promulgara la Ley 18.831, declarada inaplicable por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay el 22 de febrero de 2013.

<sup>65</sup> Óscar Parra, “La independencia judicial y las condiciones de los procesos judiciales internos que facilitan el cumplimiento de las decisiones interamericanas”, en Viviana Krsticevic et al. (ed.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Aportes para la administración de justicia*, Buenos Aires, Cejil, 2016, p. 69.

<sup>66</sup> *Idem.*

de esos Estados parte; y iii) asuman la necesidad de un decidido apoyo económico y de todo tipo.

## Conclusiones

En el marco de la CADH, el fallo que emite la Corte IDH es definitivo e inapelable, y los Estados parte de la Convención deben cumplir la decisión. A partir de allí, nadie debe dudar de la obligatoriedad de las decisiones (sentencias, resoluciones u otras) emitidas por la Corte IDH, que adquieren la calidad de “cosa juzgada” (*res judicata*). En consecuencia, ningún otro tribunal (nacional o internacional) puede, en juicio posterior, volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso, que pone fin a una controversia entre la persona y el Estado o entre Estados.

Desde el punto de vista subjetivo de las partes sujetas a controversia judicial, la sentencia adquiere una vinculación directa y goza de efectos *inter partes*, porque afecta solo a las partes del proceso o favorece a la parte en cuyo amparo se presentó una denuncia; por lo tanto, el Estado asume la obligación de cumplir lo ordenado de manera absoluta, vinculación que alcanza tanto la parte resolutive del fallo como todos los argumentos o razonamientos (*ratio decidendi*) que fundamentan la determinación internacional.

Los fallos emitidos por la Corte IDH deben ser adecuadamente cumplidos por cada uno de los Estados obligados, para lo que el sistema interamericano de derechos humanos establece los mecanismos con los que se busca asegurar ese cumplimiento. Por un lado, las autoridades que ejercen jurisdicción en cada uno de los Estados parte son las competentes para asegurar de buena fe la ejecución de las decisiones internacionales, en el marco de sus normas internas, que no pueden ser alegadas para invocar un incumplimiento. Por otro lado, la propia Corte IDH tiene el papel de supervisar que los Estados cumplan con las obligaciones emergentes de sus propias decisiones.

En cuanto a la existencia de normas relativas a mecanismos internos de cada Estado para el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH, en Bolivia las regulaciones internas no son suficientemente claras y completas para asegurar el cumplimiento de sentencias; hasta la fecha, en pocos casos se ha logrado el cumplimiento pleno y en la mayoría se ha conseguido el cumplimiento parcial. Así, se han asegurado obligaciones económicas y otras, pero, pese a los años transcurridos, existen obligaciones pendientes, como investigar y sancionar a los responsables, buscar y entregar los restos de las víctimas, entre otras.

El procedimiento de supervisión ante la Corte IDH sirve, sobre todo, para hacer conocer dentro del sistema los avances y efectos de sus fallos, más como un mecanismo de presión internacional que como un medio real para asegurar el cumplimiento de lo determinado.

A su vez, la obligación de los Estados de ejecutar las sentencias –conforme a sus normas internas– tampoco es suficientemente cumplida porque los mecanismos

internos, de manera relativa, aseguran indemnizaciones económicas; no obstante, hay ausencia de previsión en cuanto al ente que se encargue del total cumplimiento y la efectividad del fallo, y se establezca responsabilidad interna en caso de incumplimiento. En consecuencia, ni los mecanismos internos de cada Estado, ni el procedimiento de supervisión de cumplimiento de fallos ante la Corte IDH resultan ser los mecanismos idóneos para asegurar con certeza su absoluto cumplimiento.

En cada uno de los Estados parte de la OEA en general, pero de manera particular en aquellos que han ratificado la CADH y reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, es necesario que exista un consenso político que viabilice reformas constitucionales donde se señale de manera expresa el carácter vinculante de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, además de la obligación de cada Estado de dar cumplimiento total a las determinaciones internacionales.

Esa obligación debería formar parte de la Constitución Política de cada Estado, de tal manera que se logre una integración entre el derecho constitucional de los Estados y el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, habría que realizar reformas constitucionales a partir de las cuales se cambie la legislación, crear procedimientos de cumplimiento cuando no existan o modificar aquellos que prevalecen, pero no son lo suficientemente adecuados.

## Bibliografía

- ALFONSO, César, “La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur”, en Gisela ELSNER (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- AYALA, Carlos M., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, núm. 1, 2007, pp. 127-201.
- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, Viena, 23 de mayo de 1969.
- CORTE IDH, Opinión Consultiva de 29 de agosto de 1986, Exigibilidad del Derecho de Rectificación.
- \_\_\_\_\_, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo.
- \_\_\_\_\_, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo.
- \_\_\_\_\_, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 21 de julio de 1989, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Opinión Consultiva 14 de 9 de diciembre de 1994, Fallos y Opiniones, Serie A, núm. 14.
- \_\_\_\_\_, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Reparaciones y Costas.

- \_\_\_\_\_, Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Sentencia de 26 de enero de 2000, Fondo.
- \_\_\_\_\_, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Sentencia de 27 de febrero de 2002, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Resolución de 22 de noviembre de 2002, Cumplimiento de Sentencia, Serie C, núm. 104.
- \_\_\_\_\_, Caso Bulacio *vs.* Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), Resolución de 28 de noviembre de 2003, Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de Cumplimiento de Sentencia de 12 de septiembre de 2005.
- \_\_\_\_\_, Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia, Resolución de 2 de febrero de 2006, Medidas Provisionales.
- \_\_\_\_\_, Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia, Resolución de 2 de febrero de 2006, Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, Resolución de 2 de febrero de 2006, Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú, Resolución de 7 de febrero de 2006, Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso El Amparo *vs.* Venezuela, Resolución de 4 de julio de 2006, Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 21 de noviembre de 2007.
- \_\_\_\_\_, Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 12 de agosto de 2009.
- \_\_\_\_\_, Caso Trujillo Oroza *vs.* Bolivia, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 16 de noviembre de 2009.
- \_\_\_\_\_, Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.
- \_\_\_\_\_, Caso I. V. *vs.* Bolivia, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.



- \_\_\_\_\_, Jurisprudencia, Mapa interactivo, Estados miembros. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/>
- FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, “Naturaleza jurídica de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Javier GARCÍA y Pablo A. FERNÁNDEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”, en Eusebio FERNÁNDEZ (ed.), *Entre la ética, la política y el derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2008.
- GARCÍA, Víctor, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Lima, Editorial Palestra, 2008.
- LONDOÑO, María Carmelina, “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos”, en Enrique BERNALES (ed.), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los países andinos*, Lima, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- MALARINO, Ezequiel, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Gisela ELSNER (ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2010.
- MARTÍN, María, Lea REUS y Helena DÁVILA, *Cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Desafíos en materia de justicia*, San José, Cejil, 2016.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Ley*, núm. 6, 2017. Disponible en: AR/DOC/498/2017.
- PARRA, Óscar, “La independencia judicial y las condiciones de los procesos judiciales internos que facilitan el cumplimiento de las decisiones interamericanas”, en Viviana KRSTICEVIC et al. (ed.), *Implementación de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos. Aportes para la administración de justicia*, Buenos Aires, Cejil, 2016.
- QUERALT, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en Javier GARCÍA y Pablo A. FERNÁNDEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- VIANA, André, “Sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos, coincidencias, fraccionamientos temporales y mutuas influencias”, en Miguel REVENGA y André VIANA (eds.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (2008), Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Adán Maldonado Sánchez\* (México)

## La eficacia de la jurisprudencia interamericana en México

### RESUMEN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, las resoluciones a los expedientes Varios 912/2010, Varios 1396/2011, y las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011 (asuntos resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) constituyen el marco jurídico y jurisprudencial que ha permitido la plena eficacia de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema normativo mexicano. Esta influencia no solo se obtiene de los casos contenciosos ante dicha Corte (*hard law*), sino de las opiniones consultivas y las medidas provisionales (*soft law*).

**Palabras clave:** bloque de constitucionalidad, control difuso de constitucionalidad, control interno de convencionalidad.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die menschenrechtsbezogenen Verfassungsänderungen vom Juni 2011, die Entscheidungen zu den Vorgängen Varios [Verschiedenes] 912/2010 und Varios 1396/2011 sowie die Widersprüche 293/2011 und 21/2011 (Angelegenheiten, die vom Plenum des Obersten Gerichtshofs der Nation entschieden wurden) bilden den rechtlichen und jurisprudenzialen Rahmen, innerhalb dessen die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte ihre volle Wirkung im mexikanischen Normensystem entfaltet. Dieser Einfluss stützt sich nicht nur auf die vor dem Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte verhandelten Fälle (*hard law*), sondern auch auf Rechtsgutachten und einstweilige Verfügungen (*soft law*).

---

\* Candidato a maestro en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Panamericana (sede Ciudad de México) con la tesis “La sentencia constitucional en México. El sistema de efectos”, dirigida por José Ramón Cossío Díaz. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. [adan.maldonado@hotmail.com](mailto:adan.maldonado@hotmail.com) y Twitter: @adanmaldonado

**Schlagwörter:** Verfassungsblock, diffuse Verfassungskontrolle, interne Kontrolle der Vertragskonformität.

## SUMMARY

The June 2011 constitutional amendments related to human rights, the decisions issued in Miscellaneous 912/2010, Miscellaneous 1396/2011 and Contradiction of Theses 293/2011 and 21/2011 (matters resolved by the Full Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation) constitute the legal and jurisprudential framework for the full effectiveness in the Mexican legal system of the jurisprudence emanating from the Inter-American Court of Human Rights. This influence is derived not only from cases litigated in the Inter-American Court of Human Rights (hard law), but also from that Court's advisory opinions and provisional measures (soft law).

**Key words:** Constitutional block, diffuse constitutional control, internal conventionality control.

## Introducción

La elaboración jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) forma parte de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo derecho internacional en nuestro *sistema de fuentes* hace parte del bloque de constitucionalidad (parámetro de regularidad constitucional) que nutre el derecho constitucional (derecho doméstico).

Esta recepción de las fuentes *ad extra* no fue de simple y pacífica aceptación; fueron necesarios factores externos. En un primer momento, la sentencia interamericana puede encontrarse en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile,<sup>1</sup> donde el pleno de la Corte IDH utilizó por primera vez la expresión “control de convencionalidad”. En dicha resolución, la dimensión del control convencional fue de alcance “difuso”, iniciándose una línea jurisprudencial de fuerza expansiva en el ámbito interamericano de protección de los derechos humanos que obligaba a todos los jueces de los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte IDH a ser los “garantes primarios” de las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica. Este precedente judicial constituye el antecedente inmediato del control *ex officio* de convencionalidad en sede nacional, en la región interamericana, también conocido como control interno de convencionalidad.

---

<sup>1</sup> El Caso Almonacid Arellano sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben seguir los jueces nacionales, a saber: inaplicación de las normas locales opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154, considerandos 124 y 125).

En un segundo momento se localiza la sentencia interamericana en el Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, de 23 de noviembre de 2009, que amplió las fuentes normativas del bloque de constitucionalidad en México al integrar la jurisprudencia interamericana como precedente obligatorio, aunque el Estado mexicano no fuera parte. Asimismo, esta importante resolución reitera la doctrina del control de convencionalidad desde los matices relativos a que dicho control opera “de oficio” y “en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” a nivel local. Desde luego, su impacto en México fue ineludible a tal grado que el asunto Rosendo Radilla Pacheco no podría entenderse sin el engrose de dos grandes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México): el expediente Varios 912/2010<sup>2</sup> y la contradicción de tesis 293/2011.<sup>3</sup> A razón de la primera, se fija a nivel doméstico la obligación del control *ex officio* de convencionalidad y el control difuso de la Constitución, es decir, a pesar el sistema de control preponderantemente concentrado, se pasa a uno preponderantemente difuso, donde cualquier juez en el ámbito de sus competencias puede realizar un control de las normas infraconstitucionales e infraconvencionales respecto de la Norma Fundamental o tratados internacionales. Por su parte, la segunda estableció expresamente la existencia de un bloque de constitucionalidad en México, al cual se suma toda la jurisprudencia de la Corte IDH con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el juicio de donde deriva el “precedente interamericano”.

## 1. Las fuentes de la jurisprudencia interamericana

La Corte IDH, como órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tiene tres funciones esenciales sobre la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a saber: la contenciosa (art. 62); la relativa a las medidas cautelares (art. 63) y la consultiva (art. 64). A estas tres competencias podemos sumar la relativa a las resoluciones sobre la supervisión del cumplimiento de las sentencias (art. 68). Mediante dichos mecanismos, la Corte despliega ejercicios hermenéuticos respecto del contenido del Pacto de San José de Costa Rica.

Bajo estas condiciones, sea por la vía contenciosa, consultiva, de medidas cautelares o de supervisión del cumplimiento de las sentencias, dicho ente genera jurisprudencia, cuyos límites o marco de desarrollo se pueden advertir de los artículos

---

<sup>2</sup> En el foro jurídico mexicano, al referido expediente se le conoce coloquialmente como “cumplimiento de la sentencia interamericana dictada el 23 de noviembre de 2009 en el Caso Rosendo Radilla Pacheco”, a razón del oficio que giró la Secretaría de Relaciones Exteriores a la SCJN (cfr. José Ramón Cossío, Raúl M. Mejía y Laura Patricia Rojas, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2013).

<sup>3</sup> Misma que fue resuelta por el Pleno de la SCJN el 3 de septiembre de 2013.

29 (normas de interpretación), 30 (alcance de las restricciones), 31 (reconocimiento de otros derechos) y 32 (deberes de las personas) de la CADH.

## 2. Las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para el desarrollo de la jurisprudencia interamericana

En la interpretación jurídica se han distinguido dos lenguajes: el lenguaje objeto de la interpretación (disposiciones) y el lenguaje producto de la interpretación (normas),<sup>4</sup> donde el significante es la disposición, y el significado es la norma.<sup>5</sup> Dicho así, el objeto es la disposición, y la norma es el producto.<sup>6</sup> En ese entendido, *disposición* será todo enunciado que forme parte de un documento normativo vinculante para el intérprete; y *norma*, el sentido o significado que se atribuye a una disposición obtenida por medio de la interpretación.<sup>7</sup> Por ello, en todo proceso interpretativo hay una labor creadora,<sup>8</sup> y en todos y cada uno de los supuestos del tráfico jurídico es necesaria la interpretación de las normas para determinar el sentido y el alcance de las expresiones jurídicas que constituyen su enunciado.<sup>9</sup>

Debe expresarse que la argumentación se erige en el complemento de la interpretación para justificar la corrección tanto de la actividad de desentrañar sentidos, significados, contenidos, límites y alcances de un texto como del resultado obtenido.<sup>10</sup> Así, el intérprete ha de valerse de una serie de argumentos para llenar de contenido su interpretación. Michele Taruffo ha establecido dos contextos del razonamiento judicial: el “contexto de descubrimiento” (momento interpretativo) y el “contexto de justificación” (momento argumentativo). A tales contextos los podríamos denominar como “primer y segundo momento del razonamiento judicial”.<sup>11</sup>

Las normas convencionales o tratados internacionales también se rigen necesariamente por este proceso, cuyos documentos universales, regionales, multilaterales, bilaterales o simplemente suscritos entre las naciones pueden insertar o establecer reglas particulares de interpretación o prelación en los insumos para lograr

---

<sup>4</sup> Francisco López, “Sistema jurídico y criterios de producción normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 40, 1994, p. 166.

<sup>5</sup> Francisco Javier Díaz, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 3.

<sup>6</sup> López, *op. cit.*, p. 167.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Díaz, *op. cit.*, p. 4.

<sup>9</sup> Ana Aba, “Interpretación constitucional e interpretación de la Constitución”, en José Ramón Narváez y Javier Espinoza (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, México, IJ-UNAM, 2011, p. 387.

<sup>10</sup> Jean Claude Tron, *Argumentación en el amparo*, México, Porrúa, 2011, p. 46.

<sup>11</sup> Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 202-203.

el razonamiento de los límites y alcances del texto, añadiendo sus modalidades o ductilidad. Así, por ejemplo, el artículo 38<sup>12</sup> del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala los materiales para la interpretación y argumentación del derecho internacional.

En este sentido, el Pacto de San José de Costa Rica contiene un marco normativo bajo el cual habrá de desarrollarse el proceso de interpretación y argumentación de sus cláusulas; los artículos 29 (normas de interpretación), 30 (alcance de las restricciones), 31 (reconocimiento de otros derechos) y 32 (deberes de las personas) son las notas que marcan este proceso deliberativo de la Corte IDH, y el contenido de tales cláusulas convencionales son del siguiente tenor:

Artículo 29. Normas de interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 31. Reconocimiento de otros derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

---

<sup>12</sup> *Cfr.* Corte Internacional de Justicia, artículo 38. // 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: // a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes (art. 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); // b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; // c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; // d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

### Artículo 32. Correlación entre deberes y derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

## 3. La incorporación y vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana en México: parte I. Las sentencias interamericanas *Radilla Pacheco vs. México; Cabrera García-Montiel Flores vs. México, y Gelman vs. Uruguay*

Para entender la fuerza normativa de la jurisprudencia interamericana a nivel doméstico en la región interamericana es preciso acudir al denominado control de convencionalidad.

Este control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter concentrado u original, de índole subsidiaria en sede internacional, regional o comunitaria por parte de los órganos judiciales<sup>13</sup> y administrativos<sup>14</sup> encargados de interpretar

<sup>13</sup> En los ámbitos regional e internacional podemos citar los siguientes órganos judiciales: a) la Corte Internacional de Justicia (principal órgano judicial de las Naciones Unidas), b) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Unión Europea), c) el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y su correlativa Comisión Europea de Derechos Humanos para la Unión Europea, así como el Consejo de Europa, d) la Corte Africana de Derechos Humanos y sus Pueblos y su Comisión (Unión de Estados Africanos); e) la Corte IDH y su respectiva Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (Organización de Estados Americanos).

<sup>14</sup> Comités creados *ex profeso* por la Organización de las Naciones Unidas en los respectivos instrumentos internacionales: Comité de Derechos Humanos (CCPR); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw); Comité contra la Tortura (CAT); Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT); Comité de los Derechos del Niño (CRC); Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW); Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (CRPD); Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED) y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Asimismo, diversas organizaciones y organismos como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur); Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA); Inter-Agency Internal Displacement Division; Organización Internacional del Trabajo (OIT); Organización Mundial de la Salud (OMS); Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco); Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre HIV/AIDS (Unaid); Comité Permanente entre Organismos (IASC); Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA); Comisión de la Condición de la Mujer (CSW); Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (Osagi); División para el Adelanto de la Mujer (DAW); Fondo de la Población de las Naciones Unidas (Unfpa); Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef); Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género

y aplicar los instrumentos internacionales *in genere* y las normas convencionales de derechos humanos en particular; y otra de carácter difuso, ejercida por los jueces nacionales en sede interna con independencia de su ubicación en la jerarquía judicial, grado, cuantía o materia de especialización; a estos se les encomienda realizar el escrutinio judicial de compatibilidad entre el derecho doméstico (constitucional, subconstitucional e infraconstitucional) y el derecho convencional, compuesto por el bloque de convencionalidad, subsumido en el bloque de constitucionalidad.

A la función concentrada se le llama control de convencionalidad, mientras que a la función difusa se le denomina control *ex officio* de convencionalidad<sup>15</sup> o control interno de convencionalidad.

A pesar de existir antecedentes<sup>16</sup> del uso de la expresión “control de convencionalidad”, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile,<sup>17</sup> el pleno de la Corte Interamericana utilizó por primera vez esta expresión. En dicho precedente, le reconoció el carácter difuso, con lo que inició una línea jurisprudencial en el ámbito interamericano sobre esta herramienta hermenéutica, que obliga a todos los jueces de los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte regional a ser los garantes primarios de las

---

y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres); Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO); Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat); y Acción de las Naciones Unidas contra las Minas. Existen otros órganos similares a nivel regional (interamericano, africano y europeo).

<sup>15</sup> El control de convencionalidad, tanto el concentrado como el difuso, se puede plasmar de dos maneras: la primera es a través del control concreto de convencionalidad; la segunda, del control abstracto de convencionalidad. Estas dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: el control concreto se realiza sobre actos, omisiones, normas o leyes que ya han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma; mientras que el control abstracto se ejecuta sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia, ya sea por su aprobación y publicación oficial o por el inicio de su vigencia. En lo que respecta al control abstracto, la Corte IDH lo ha reconocido desde 1996, primero a través de un voto disidente del juez Cançado Trindade en el Caso El Amparo vs. Venezuela (Sentencia de 4 de septiembre de 1996, párr. 2) y, posteriormente, en la *ratio decidendi* del Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (Sentencia de 12 de noviembre de 1997). Esta doctrina se continuó, como en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Sentencia de 30 de mayo de 1999). El control abstracto tiene su base en el derecho de prevención, establecido por el artículo 2º del Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>16</sup> Sergio García Ramírez utilizó por primera vez esta expresión en un importante voto concurrente en el año 2003 (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 101, párr. 27); enseguida, en el Caso Tibi vs. Ecuador en el año 2004 abordó en la Corte IDH el control de convencionalidad; y en el voto razonado respecto al Caso Vargas Areco vs. Paraguay de 26 de septiembre de 2006.

<sup>17</sup> El Caso Almonacid Arellano sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben realizar los jueces nacionales: inaplicación de las normas locales opuestas a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH (Cfr. considerandos 124 y 125 de la Sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006).



cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica. Por ello, el Caso Almonacid constituye el antecedente inmediato del control *ex officio* de convencionalidad (control interno de convencionalidad) en sede nacional en la región interamericana.

Luego, vendrían las sentencias recaídas en los casos Radilla Pacheco *vs.* México,<sup>18</sup> Cabrera García-Montiel Flores *vs.* México,<sup>19</sup> y Gelman *vs.* Uruguay,<sup>20</sup> las cuales aportaron los grandes lineamientos para el ejercicio del control de convencionalidad en los Estados.

En lo que hace a la aportación de la sentencia del Caso Radilla Pacheco *vs.* México de 23 de noviembre de 2009,<sup>21</sup> la Corte IDH estableció que la interpretación y aplicación del derecho local deben ser acordes a la referida Convención y jurisprudencia de la Corte IDH, reiterando la doctrina del control de convencionalidad, bajo los matices relativos a que dicho control opera de oficio y “en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” a nivel local.

En cuanto a la resolución del Caso Cabrera García-Montiel Flores *vs.* México, la Corte fijó la obligación a “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, es decir, quedó a cargo de toda la estructura del poder judicial (federal o local). Mientras que en la sentencia al Caso Gelman *vs.* Uruguay, la Corte IDH determina que el control de convencionalidad “recae sobre cualquier autoridad pública y no solo el Poder Judicial”, en otras palabras, está a cargo de toda la administración pública (ámbito administrativo).

---

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco *vs.* México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209.

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220.

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.

<sup>21</sup> En ese caso se condena al Estado mexicano, entre otras cuestiones, a realizar en un plazo razonable las adecuaciones legislativas conforme a los estándares convencionales, en un doble aspecto: 1) por lo que respecta al tipo penal de desaparición forzada de personas establecido en el artículo 215-A del Código Penal Federal (que restringe la autoría del delito a “servidores públicos”), y 2) respecto al artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar, que extiende la jurisdicción militar a aquellos delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense; en este último supuesto, aclara que la “inconventionalidad” no deriva del artículo 13 de la Constitución Federal, sino del citado precepto del Código de Justicia Militar, que ha servido de interpretación a los jueces locales y federales para extender la jurisdicción militar a supuestos no autorizados. La Corte IDH recuerda que en múltiples ocasiones ha indicado que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.

#### **4. La incorporación y vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana en México: parte II. Los expedientes Varios 912/2010, Varios 1396/2011 y las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011, asuntos resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>22</sup>**

El artículo 68.1 de la CIDH establece la obligación de cumplir en sus términos las sentencias de la Corte respecto de los Estados que reconocieron la jurisdicción contenciosa de dicho órgano judicial regional, cuyo artículo tiene que leerse armónicamente con los diversos 8, 9, 10 y 11 de la Ley de Tratados publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 2 de enero de 1992, y los artículos 570 y 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles. No obstante, en los hechos, México fue omiso en dar cauce al cumplimiento de las sentencias interamericanas.

Esta pasividad y falta de voluntad política por parte de las instituciones del Gobierno mexicano motivaron los expedientes Varios 912/2010<sup>23</sup> y Varios 1396/2011,<sup>24</sup> relativos al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH dictadas en los casos Radilla Pacheco,<sup>25</sup> Fernández Ortega<sup>26</sup> y Rosendo Cantú vs. Estados Unidos Mexicanos.<sup>27</sup> Asimismo, vendrían enseguida, como complemento jurisprudencial, las contradicciones de tesis 293/2011<sup>28</sup> y la diversa 21/2011,<sup>29</sup> que desarrollaron los siguientes aspectos:

- a) La existencia del bloque de regularidad de constitucionalidad y restricciones expresas al ejercicio de los derechos humanos (CT 293/2011).<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Sobre la historia progresiva de la implementación de las normas internacionales como parte del bloque de constitucionalidad, y con plena eficacia en el Estado mexicano, consultar Sergio García Ramírez, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª ed., México, CNDH, 2015, pp. 56-66.

<sup>23</sup> Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>.

<sup>24</sup> Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=134051>.

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, cit.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216.

<sup>28</sup> Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

<sup>29</sup> Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=124100>.

<sup>30</sup> Al resolver la contradicción de tesis 293/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación incorporó a las técnicas de interpretación y argumentación a nivel constitucional el denominado bloque de derechos como parámetro de constitucionalidad y convencionalidad,

- b) El efecto transversal de los derechos humanos en atención al contenido material de la norma y no a su jerarquía (CT 21/2011).
- c) El criterio de coherencia normativa de contenidos, aplicable en materia de restricciones a los derechos humanos (CT 21/2011).
- d) La vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana sin que el Estado haya sido parte.

Ahora bien, el expediente Varios 912/2010 estableció en México el control difuso de la Constitución y *ex officio* de convencionalidad a afecto de aplicar de manera directa la Constitución y el bloque de derechos (bloque de constitucionalidad/convencionalidad), antes que cualquier otra norma infraconvencional o infraconstitucional, cuya obligación corresponde a todos los jueces del país sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización.

Por su parte, el expediente Varios 1396/2011 reiteró que si bien puede diferenciarse el origen de las normas, dado que unas son de fuente constitucional y otras de fuente convencional, ambas integran un mismo parámetro para el control de regularidad constitucional. Al respecto, resulta de interés transcribir lo que dijo el Pleno de la SCJN al resolver el expediente Varios 1396/2011, en mayo de 2015:

Al respecto es importante reiterar que las fuentes normativas que dan lugar a los parámetros de constitucionalidad y de convencionalidad, son las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte, por lo que ambos parámetros forman parte del mismo conjunto normativo y, por ende, integran el parámetro de control de la regularidad, de modo que hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro, aunque para efectos prácticos pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada para desarrollar el estudio de validez respectivo.

## **5. Los casos contenciosos y las opiniones consultivas como fuentes de la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Ha quedado establecido que la Corte IDH genera jurisprudencia por diversas vías: la contenciosa, la consultiva, las medidas cautelares y en supervisión del cumplimiento de las sentencias; sin embargo, en el presente apartado solo abordaremos los precedentes emanados de la vía litigiosa y las opiniones consultivas.

---

misma que fue discutida los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012; 26, 27, 29 de agosto; 2 y 3 de septiembre de 2013 y resuelta el 3 de septiembre de 2013.

Debe señalarse que la Corte IDH ha extendido su ejercicio interpretativo a lo que puede denominarse *corpus iuris interamericano*, al ser materia de análisis los protocolos adicionales (Protocolo de San Salvador y el Protocolo sobre la Pena de Muerte) y toda la normatividad interamericana,<sup>31</sup> y otros instrumentos internacionales (por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), donde se interpreta la normatividad convencional sea internacional, regional o comunitaria.<sup>32</sup>

Bajo dicha premisa, enseguida se destacan las líneas jurisprudenciales de mayor impacto a nivel interamericano, esencialmente vía contenciosa y opiniones consultivas.

---

<sup>31</sup> El bloque de convencionalidad interamericano se encuentra integrado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Carta de la Organización de los Estados Americanos; Carta Democrática Interamericana; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará"; Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres; Convención Interamericana contra la Corrupción; Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer; Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias: ámbito de aplicación; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional; Convención sobre asilo territorial; Convención sobre Asilo Diplomático; Convención sobre Asilo Político; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas; Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres; Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer.

<sup>32</sup> Al respecto, García Ramírez y Cañado Trindade formulan importantes votos razonados en el asunto *Almonacid Arellano vs. Chile*. Por una parte, el jurista mexicano aclara que el "parámetro" de control de convencionalidad debería no limitarse a la CADH, sino a todo el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos; y también precisa que este control adquiere carácter difuso al quedar en manos de todos los tribunales, lo que permite un sistema de control extenso (vertical y general). Por su parte, el jurista brasileño, hoy integrante de la Corte Internacional de Justicia, agrega que los jueces nacionales deben aplicar no solo el derecho constitucional sino también el derecho internacional de los derechos humanos, ejerciendo *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción para la protección de la persona humana.

## 5.1. Casos contenciosos<sup>33</sup>

- a) Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 22 de febrero de 2002, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 91, donde se desarrolló, entre otros aspectos, el derecho humano a la verdad, la satisfacción honorífica y la aplicación de los Convenios de Ginebra (Derecho Internacional Humanitario).
- b) Caso “Cinco Pensionistas” *vs. Perú*, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 98, donde se abordó, entre otros aspectos, la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de abril de 2004, Fondo, Serie C, núm. 105, en la cual la Corte analizó la reparación y preservación de la cultura como bien inmaterial de la colectividad.
- d) Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 107, en la cual la Corte Interamericana decidió sobre las restricciones a la libertad de expresión y la tutela al honor.
- e) Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 114, relativa a las garantías y protección judicial y el debido proceso, presunción de inocencia, protección a la familia y al proyecto de vida.
- f) Caso del Penal Miguel Castro Castro *vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 160, donde el órgano judicial regional resolvió sobre la aplicación del Convenio de Belém do Pará y el empleo de la fuerza sobre las personas privadas de su libertad.
- g) Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 126, donde se analizó, entre otros aspectos fundamentales, lo relativo a la congruencia entre la acusación y la sentencia, sobre todo en sistemas de corte oral y acusatorio, y el parámetro para determinar la peligrosidad de los sujetos activos del delito con el objeto de considerar la entidad del delito y la culpabilidad del agente, así como los factores causales y la dinámica particular de íter criminal.
- h) Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 132, relativo a la revisión extraordinaria de la cosa juzgada.
- i) Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 127, donde se analizaron los derechos político-electorales de los individuos y las comunidades indígenas, y cómo eliminar la barreras jurídicas, sociales y culturales para lograr su participación directa y evitar la discriminación tanto en los hechos como en el sistema normativo.

---

<sup>33</sup> Para desarrollar la síntesis de los casos contenciosos me apoyé en Sergio García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 459-643.

- j) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 146, donde la Corte Interamericana resolvió sobre el derecho a las tierras que tienen a su favor los pueblos y las comunidades indígenas.
- k) Caso Claude Reyes y otros *vs.* Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 151, que analizó un tema de extrema relevancia sobre la forma en que debe respetarse el debido proceso ante las instancias administrativas, cuya sentencia se complementa con el Caso Gelman *vs.* Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, donde se determinó la facultad y obligación de control interno de convencionalidad a cargo de todo el aparato administrativo/ejecutivo de los Estados.
- l) Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155, en cuya ocasión el pronunciamiento versó sobre la proporcionalidad de la pena.
- m) 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. Gracias al presente caso, la Corte incorporó el principio del efecto útil del convenio, bajo los presupuestos formales y materiales establecidos a nivel local, estableciendo con ello en realidad un control de convencionalidad en sede nacional.
- n) Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162, del cual destaca el análisis de la colisión de derechos entre el plazo razonable y el derecho a un proceso plenario que cumpla con todas las fases de un debido proceso (formalidades esenciales del procedimiento), resolviendo que el plazo debe ceder frente a un acceso completo y efectivo a la jurisdicción.
- o) Caso Escué Zapata *vs.* Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 165. En este precedente judicial, la Corte expresó la importancia del vínculo entre los derechos sustantivos y los derechos procesales (instrumentales) establecidos en las normas convencionales, reconociendo la doble obligación que se traduce, por una parte, en respetar los derechos y las libertades (aspecto sustantivo) y, por otra, en hacer justicia (aspecto procesal).
- p) Caso Radilla Pacheco *vs.* México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209, a razón del estudio de la jurisdicción militar, la cual es incompetente para resolver juicios penales que no involucren disciplina militar, por lo que el juez natural (competente) resulta ser un juez de lo penal que garantiza en mayor medida los derechos eventualmente confrontados entre la víctima u ofendido y el inculpado.

## 5.2. Opiniones consultivas<sup>34</sup>

- a) Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, Serie A núm. 22, relativa a la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador).
- b) Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 23, relativa al 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).
- c) Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A, núm. 24, relativa a la 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 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- d) Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.
- e) Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, relativa a la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1 y 2).
- f) Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991, Serie A, núm. 12, relativa a medios de impugnación y la compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>34</sup> El 13 de octubre de 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presentó una Solicitud de Opinión Consultiva para obtener una interpretación de la Corte IDH que permitiera dilucidar la manera en que la CADH y el catálogo de derechos que protege, así como la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –leídos conjuntamente con la Carta Democrática Interamericana– ofrecen el balance necesario entre el principio de separación de poderes y el pleno ejercicio de los derechos que protege a favor de la persona sometida a un juicio político. En ese sentido, la CIDH solicitó un pronunciamiento expreso de la Corte IDH sobre “las implicaciones de las garantías del debido proceso y del principio de legalidad en el contexto de juicios políticos contra presidentes/as democrática y constitucionalmente electos” (Corte IDH, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2017, San José de Costa Rica, p. 121).

- g) Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11, relativa a las excepciones al agotamiento de los recursos internos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b).
- h) Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10, relativa a la 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 (ampliación del bloque de convencionalidad), misma que debe leerse armónicamente con la diversa Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 1, que abordó la interpretación de la expresión “Otros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte (Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 64).
- i) Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, Serie A, núm. 9, relativa a las garantías judiciales en estados de emergencia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 27.2, 25 y 8).
- j) Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, Serie A, núm. 6, relativa a la palabra “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (parámetro de control de regularidad de convencionalidad).
- k) Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2, relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (excepciones *ratione temporis*, *ratione materiae* y *ratione personae*).
- l) Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, relativa a la colegiación obligatoria de periodistas (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 13 y 29), en cuya opinión se desarrollaron los requisitos que deben cumplir las restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

## 6. El impacto en el sistema jurídico mexicano de las sentencias interamericanas donde el Estado fue parte

A 2017, México ha enfrentado siete casos frente a la jurisdicción interamericana, de los cuales solo en uno fue absuelto y en los restantes condenado. Tales casos contenciosos son:

- a) Caso Alfonso Martín del Campo Dodd *vs.* México
- b) Caso Castañeda Gutman *vs.* México
- c) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México
- d) Caso Radilla Pacheco *vs.* México
- e) Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México
- f) Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México
- g) Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México
- h) Caso García Cruz y Sánchez Silvestre *vs.* México



En adelante, se analiza brevemente cada caso y la aportación a nuestro derecho doméstico.<sup>35</sup>

a) Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México<sup>36</sup>  
(Excepción *ratione temporis*)

El 30 de enero de 2003, la CIDH sometió a la Corte IDH la primera demanda contra México, originada en la denuncia núm. 12.228 recibida en la Secretaría de la CIDH el 13 de julio de 1998, antes del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH por nuestro país,<sup>37</sup> puesto que fue hasta el 16 de diciembre de 1998 cuando México aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, publicada por Decreto Promulgatorio en el *Diario Oficial* de la Federación el 24 de febrero de 1999. Ante esta situación, el Gobierno mexicano opuso la excepción de *ratione temporis*, misma que acogió favorablemente la Corte IDH.

b) Caso Castañeda Gutman vs. México

(Candidaturas independientes y recurso judicial sencillo y efectivo en materia electoral para revisar su constitucionalidad)

Constituye la primera sentencia condenatoria al Estado mexicano, caso en el cual Jorge Castañeda Gutman solicitó al otrora Instituto Federal Electoral (IFE), actualmente Instituto Nacional Electoral (INE), su registro como candidato independiente a la Presidencia de la República. Dicho registro le fue negado, pues solo era posible su participación a través de un partido político; esta negativa fue impugnada a través del juicio de amparo indirecto ante el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal (hoy Ciudad de México). El objeto del amparo consistía en analizar la constitucionalidad del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, mismo que fue sobreseído por una causal *ex professo* de improcedencia, al derivar el acto reclamado de autoridades electorales. Así, el sobreseimiento fue combatido a través del recurso de revisión, asumido y confirmado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El caso llegó al conocimiento de la Corte IDH, ante la ausencia de un mecanismo para rechazar las violaciones de derechos político-electorales de los ciudadanos en México, con el que fuera posible plantear la inconstitucionalidad de leyes aplicadas en un acto en particular y

---

<sup>35</sup> Para la descripción de los casos me apoyé en Laura Rangel, "Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, julio-diciembre, 2011, pp. 160-188.

<sup>36</sup> Referido al archivo del caso por la falta de competencia *ratione temporis* de la Corte IDH en relación con los presuntos actos de tortura cometidos en contra de Alfonso Martín del Campo Dodd con el objetivo de confesar un homicidio.

<sup>37</sup> Cfr. Sergio García y Mauricio Iván del Toro, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia", en Sergio García (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. III, México, UNAM-III, 2008, p. LI.

resolverlo efectivamente en sede jurisdiccional. A pesar de que la sentencia fue condenatoria, pues efectivamente se estimó violado el derecho de la protección judicial, en el momento de dictarse la sentencia ya se había formalizado la denominada “reforma electoral de 2007”, la cual otorga de forma expresa la facultad de desaplicar leyes cuando el Tribunal Electoral las estime inconstitucionales.

En este sentido, la trascendencia de esta resolución radicó en el reconocimiento a nivel constitucional de las candidaturas independientes y del establecimiento del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (amparo electoral) como recurso judicial sencillo y efectivo en materia electoral para revisar su constitucionalidad (y actualmente también convencionalidad). Así, gracias a esta resolución, el derecho a ser votado es una realidad y el sistema de medios de impugnación en materia electoral es más integral a través del control de constitucionalidad, que si bien no fue un efecto directo de la sentencia, el caso motivó la reforma constitucional de 2007.

c) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México

(Derecho a la verdad, investigación con perspectiva de género implícita y explícita, y legislación para reducir la violencia de género)

El presente caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas con la desaparición y muerte de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez. Este juicio es más conocido como caso “Campo Algodonero”, en alusión al predio donde fueron hallados los restos de las víctimas, en Ciudad Juárez (Chihuahua).

El contexto de violencia generalizada hacia la mujer y la insensibilidad e irresponsabilidad de las autoridades en resolver la problemática propició que el caso llegara al conocimiento de la Corte IDH, cuya relevancia en el sistema jurídico mexicano es indudable, pues obligó al Estado a regular un tipo penal especial que sancionara con mayor rigor el homicidio de una mujer e incorporara la figura del feminicidio con penalidad agravada al homicidio genérico. La sentencia interamericana logró que de las 32 entidades federativas que componen el país, 31 incorporaran el feminicidio como delito. El 14 de junio de 2012, la reforma que incorporó el delito de feminicidio en el Código Penal Federal y la alerta de violencia de género contra las mujeres contemplada en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia fueron publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación incentivó la emisión del Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (julio de 2013).

d) Caso Radilla Pacheco vs. México

Es un caso emblemático, resuelto el 23 de noviembre de 2009, que amplió las fuentes normativas del bloque de constitucionalidad en México, al integrar la jurisprudencia interamericana como precedentes obligatorios, aunque el Estado mexicano no sea parte en el juicio. Así, la Corte IDH estableció que la interpretación y

aplicación del derecho local debe ser acorde a la referida Convención Americana sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte IDH, reiterando la doctrina del control de convencionalidad, bajo los matices relativos a que dicho control opera “de oficio” y “en el marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” a nivel local.

Derivado de esta resolución y de su incumplimiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió someter a consulta cuáles eran las obligaciones concretas a cargo del Poder Judicial para su cumplimiento, lo que se resolvió en el expediente Varios 912/2010, cuya sentencia se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación, el 4 de octubre de 2011.

Gracias a este expediente, en vía de cumplimiento de la sentencia interamericana, México cambió su control preponderantemente concentrado por uno preponderantemente difuso, tanto de la Constitución como de los tratados internacionales. Como efecto natural, lo anterior provocó la solicitud de modificación de la jurisprudencia 22/2010, en la sesión pública del Pleno de la SCJN, el 25 de octubre de 2011, cuyo rubro es: “Control difuso”, tesis aislada: P. I/2011 (10<sup>a</sup>), SJFG, Libro III, diciembre 2011, t. 1, así como de la jurisprudencia por contradicción 18/2012 (10.<sup>a</sup>), resuelta por la Primera Sala de la SCJN, cuyo rubro es: “Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011)”, SJFG, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, a efecto de compatibilizar el sistema de control del parámetro de regularidad constitucional en México, migrando de uno concentrado a uno de carácter difuso.

e) Caso Fernández Ortega y otros vs. México y f) Caso Rosendo Cantú y otra vs. México

Estos dos casos fueron autónomos en su paso por la Corte Interamericana; sin embargo, los hechos de los que derivan las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos son muy similares por cuanto hace a la ubicación geográfica (Guerrero), a su identidad etnográfica (mujeres indígenas pertenecientes a la comunidad indígena me'phaa), a la temporalidad (año 2002), y a los derechos que les fueron desconocidos; ambas fueron víctimas de violación sexual cometida por parte de agentes militares, así como de la falta de investigación y sanción de los responsables.

Estos casos abonaron a la obligación que tenía el Estado mexicano de ajustar el artículo 57 del Código de Justicia Militar a los estándares de las garantías judiciales de la Convención, destacadamente en lo relativo al juez natural,<sup>38</sup> como componente del debido proceso con enfoque en favor de las víctimas u ofendidas, y con

---

<sup>38</sup> Este derecho procesal humano de alcance convencional ha sido desarrollado en los siguientes casos: Loayza Tamayo, Castillo Petrucci y otros, Cesti Hurtado, Caso de la masacre de Mapiripán, Caso Palamara Iribarne, García Asto y Ramírez Rojas, Almonacid Arellano, La Cantuta, Caso de la masacre de la Rochela, Escué Zapata y Zambrano Vélez.

un ingrediente adicional: la perspectiva de género, tanto en el juzgamiento del caso como en la investigación ministerial. Esta exigencia de ajustar la legislación militar que limitara la jurisdicción castrense en materia de delitos para ser competencia de los jueces penales logró efecto mediante su reforma, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación, el 13 de junio de 2014.

Asimismo, motivó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por cuanto hace a las obligaciones a cargo del Poder Judicial, instruyera el expediente Varios 1396/2011.<sup>39</sup> Lo relevante del razonamiento en dicho caso, resuelto en mayo de 2015, fue la forma en que se debían entender, como un solo conjunto normativo, la Constitución y los tratados internacionales.

f) Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (campesinos ecologistas): el parámetro de convencionalidad (Voto razonado de Ferrer-MacGregor)

El presente caso se refiere a la detención de los señores Cabrera y Montiel, el 2 de mayo de 1999, bajo custodia de miembros del Ejército mexicano, por su falta de presentación sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales que controlara la legalidad de la detención, y por las irregularidades acaecidas en el proceso penal. A Cabrera y a Montiel se les conoce como los “campesinos ecologistas”, debido a que las violaciones cometidas en su contra se dieron como “una represalia” por su participación en una organización dedicada a la defensa del medio ambiente.

Asimismo, en este caso se solicitó declarar la “incompatibilidad de la competencia de los tribunales militares para investigar los hechos denunciados de tortura con las disposiciones convencionales mencionadas”.

La relevancia del presente asunto son los razonamientos esgrimidos en el voto razonado de Ferrer-MacGregor, cuando refiere la existencia de un parámetro de convencionalidad a efecto de desestimar que la Corte IDH se convierta en una “cuarta instancia”. Asimismo, destaca dentro del referido voto que el bloque de convencionalidad se encuentra subsumido en el bloque de constitucionalidad, lo que expresó en los términos siguientes:

26. El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que

---

<sup>39</sup> Mediante escrito presentado el 28 de noviembre de 2011 en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú solicitaron al entonces ministro presidente Juan N. Silva Meza que tuviera a bien ordenar la formación y el registro de un expediente “varios” concerniente a evaluar las medidas para atender las sentencias y las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH en las sentencias de los casos Inés Fernández Ortega y otros vs. México y Valentina Rosendo Cantú y otra vs. México.

progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.<sup>43</sup> Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no solo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

g) Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*

(Emisión de la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes)

Los hechos del caso se refieren a la tortura que sufrieron los señores Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre cuando fueron detenidos sin orden judicial por agentes de la Policía Judicial del Distrito Federal en junio de 1997, *por la supuesta comisión de los delitos de portación de arma de fuego de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea; asociación delictuosa y rebelión y por los delitos de homicidio, lesiones, robo con violencia, delincuencia organizada y daño en los bienes*. En este contexto se alegó la falta de investigación de los actos de tortura, las declaraciones inculpatorias que fueron obligados a rendir ante el Ministerio Público, así como los dos procesos en los cuales se les impusieron penas de 3 y 40 años de prisión en violación de garantías del debido proceso. Los señores Juan García Cruz y Santiago Sánchez Silvestre permanecieron privados de su libertad durante 15 años, 10 meses y 12 días, hasta que fueron puestos en libertad el 18 de abril de 2013 en cumplimiento de sentencias emitidas por tribunales internos con posterioridad al sometimiento del caso a la Corte IDH.<sup>40</sup>

El efecto trascendente de la presente resolución consistió en motivar la discusión sobre los alcances del principio de inmediatez procesal y el efecto corruptor de las pruebas ilícitas obtenidas mediante actos de tortura. Lo anterior, finalmente, desembocó en su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación, el 26 de junio de 2017, previa reforma constitucional del artículo 73, fracción XXI, inciso a).

## Conclusiones

La Corte IDH genera jurisprudencia por diversas vías: la contenciosa, la consultiva, medidas cautelares y supervisión del cumplimiento de las sentencias. No obstante el mencionado catálogo de fuentes de donde emana jurisprudencia interamericana,

---

<sup>40</sup> Corte IDH, Ficha técnica: *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=378&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=378&lang=es).

la generada a través de los casos contenciosos y las opiniones consultivas reviste especial interés para el sistema jurídico mexicano.

A raíz de la contradicción de tesis 21/2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, entre otras cosas, la obligatoriedad y vinculación de la jurisprudencia interamericana (a pesar de que México no hubiera sido parte en el caso), siempre y cuando sea más favorable a la persona, y se fortaleció el diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte y la Corte IDH con especial énfasis en los precedentes de los casos contenciosos y las opiniones consultivas.

## Bibliografía

- ABA, Ana, "Interpretación constitucional e interpretación de la Constitución", en José Ramón NARVÁEZ, y Javier ESPINOZA (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, México, IJ-UNAM, 2011.
- CORTE IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 101.
- \_\_\_\_\_, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154.
- \_\_\_\_\_, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209.
- \_\_\_\_\_, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215.
- \_\_\_\_\_, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- \_\_\_\_\_, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220.
- \_\_\_\_\_, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.
- \_\_\_\_\_, Ficha técnica: García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=378&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=378&lang=es).
- \_\_\_\_\_, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2017, San José de Costa Rica.
- COSSÍO, José Ramón, Raúl M. MEJÍA y Laura Patricia ROJAS, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2013.
- DÍAZ, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y justicia constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- GARCÍA, Sergio y Mauricio Iván DEL TORO, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia", en Sergio GARCÍA, (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, vol. III, México, UNAM-III, 2008.

GARCÍA, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

\_\_\_\_\_, *Votos particulares en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y reflexiones sobre el control de convencionalidad*, 2ª ed., México, CNDH, 2015.

LÓPEZ, Francisco, "Sistema jurídico y criterios de producción normativa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 40, 1994.

RANGEL, Laura, "Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 28, julio-diciembre, 2011, pp. 160-188.

TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, trad. Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TRON, Jean Claude, *Argumentación en el amparo*, México, Porrúa, 2011.

**Teresinha Inês Teles Pires\* (Brasil)**

## **Análise Crítica da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Artavia Murillo et alii vs. Costa Rica***

### **Planejamento reprodutivo, igualdade de gênero e liberdade religiosa**

#### **RESUMO**

O presente trabalho apresenta uma análise crítica da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), proferida no caso *Artavia Murillo et alii vs. Costa Rica*. No julgamento do caso, a Corte IDH revogou decisão da Corte Constitucional de Costa Rica que proibiu o uso da Fertilização In Vitro (FIV) no país. Inicialmente, pretende-se mostrar que, com essa decisão, a Corte IDH não somente vinculou os direitos universais de liberdade ao planejamento reprodutivo, como firmou, ainda, uma interpretação acerca do direito à vida, favorável aos interesses das mulheres. Além disso, ver-se-á que a decisão é também notável por envolver o princípio da igualdade de gênero em matéria de planejamento reprodutivo. Por outro lado, como será arguido, a decisão poderia ter sido mais abrangente, se tivesse aplicado ao caso as cláusulas internacionais de proteção à liberdade religiosa. Mostrar-se-á, utilizando-se o método da crítica lógico-analítica, que tal narrativa encontra guarida nas normas de direitos humanos, se interpretadas enquanto um todo coerente e unitário. Como se concluirá, os padrões invocados pelos juízes no caso e os precedentes do sistema interamericano demonstram a pertinência temática da abordagem da liberdade religiosa no contexto do planejamento reprodutivo.

---

\* Doutora em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Estudos de Doutorado na American University Washington College of Law. Mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Membro Associado do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. tes\_pires@hotmail.com



**Palavras-chave:** direitos humanos. Planejamento reprodutivo. Igualdade de gênero e discriminação religiosa.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt eine kritische Analyse der Entscheidung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) im Fall *Artavia Murillo u.a. gg. Costa Rica* vor. In seiner Fallentscheidung hob der IAGMR eine Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs von Costa Rica auf, die den Einsatz von künstlichen Befruchtungen (IVF) im Land untersagt hatte. Zunächst soll dargelegt werden, dass der IAGMR mit dieser Entscheidung nicht nur die universellen Freiheitsrechte mit der Familienplanung verknüpft, sondern darüberhinaus in seiner Interpretation des Rechts auf Leben der Autonomie der Frauen den Vorrang gibt. Die Entscheidung ist jedoch auch deshalb bemerkenswert, weil sie auf den Grundsatz der Gender-Gleichheit in Fragen der Familienplanung verweist. Andererseits wird betont, dass die Entscheidung noch umfassender hätte sein können, wenn die internationalen Bestimmungen über den Schutz der Religionsfreiheit zur Anwendung gekommen wären. Mithilfe der kritisch-analytischen Methode wird dargelegt, dass ein solcher Ansatz im Einklang mit den Menschenrechtsnormen stünde, wenn diese als ein in sich schlüssiges Ganzes ausgelegt würden. Wie abschließend festgestellt wird, belegen sowohl die von den Richtern im vorliegenden Fall herangezogenen Normen als auch die Präzedenzfälle des interamerikanischen Systems die thematische Relevanz eines Ansatzes, der die Religionsfreiheit im Kontext der Familienplanung berücksichtigt.

**Schlagwörter:** Menschenrechte. Familienplanung. Gender-Gleichheit und religiöse Diskriminierung.

### ABSTRACT

This essay presents a critical analysis on the decision of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the *Artavia Murillo et alii vs. Costa Rica* case. In the case judgement, the IACtHR revoked a decision of the Constitutional Chamber of Costa Rica that banned the use of In Vitro Fertilization (IVF) in the country. Initially, the author intends to show that through this decision the IACtHR not only clearly linked universal rights of freedom to reproductive planning. Indeed, the IACtHR also strongly reinforced an interpretation on the right to life that favors procreative autonomy. Besides that, the decision is also remarkable for involving the principle of equality in matters of reproductive planning. On the other hand, as will be argued, the decision could have been more comprehensive if the international clauses protecting freedom of religion had been applied to the case. As it will be concluded, both the standards vindicated by the judges in the case, and the precedents of the Inter-American System, demonstrate the thematic relevance of a freedom of religion approach in a reproductive planning context.

**Keywords:** International Court of Human Rights: case. *Artavia Murillo et alii vs. Costa Rica*. Human Rights. Reproductive planning. Gender equality and Religious Discrimination.

## Introdução

No ano de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – doravante Corte IDH – proferiu, no caso *Artavia Murillo et alii. vs. Costa Rica*, uma decisão que pôs fim a uma década de proibição da Fertilização In Vitro (FIV) no Estado da Costa Rica, o que representou importante progresso na proteção internacional do direito ao planejamento reprodutivo das mulheres. Este trabalho apresentará uma análise dos princípios e das razões utilizados pela Corte IDH na fundamentação de sua decisão. Para se compreender a importância do caso, cabe informar que, em matéria de direitos reprodutivos, os casos *Artavia Murillo et alii. vs. Costa Rica* (2012) e *Attala Ruffo vs. Chile* (2012) – este último relativo aos direitos parentais dos homossexuais – foram os dois únicos casos que passaram por todo o procedimento no sistema interamericano, começando nas Cortes nacionais e terminando com uma decisão da Corte IDH.<sup>1</sup>

Impõe-se esclarecer, de início, o contexto internacional aplicável ao julgamento do caso *Artavia Murillo*. Nesse sentido, mencione-se definição veiculada pelo *International Justice Resource Center*, segundo a qual:

O sistema interamericano de direitos humanos é responsável por monitorar e assegurar a implementação das garantias dos direitos humanos nos 35 países independentes das Américas que são membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). O sistema interamericano é composto de dois Órgãos: uma Comissão e uma Corte. Os dois Órgãos podem decidir reclamações individuais relativas às alegadas violações de direitos humanos. (Tradução livre)<sup>2</sup>

Nesse quadro, quando um país participa de um acordo internacional suas regras se incorporam em seu sistema jurídico nacional, ficando o país comprometido a seguir as regras do respectivo tratado. Costa Rica, no caso, é Estado Membro, tanto da Convenção Americana de Direitos Humanos quanto da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw).<sup>3</sup>

O sistema interamericano de direitos humanos tem ampla margem de atuação na construção de um modelo de garantia do direito das mulheres ao planejamento reprodutivo. Para isso, encampa-se uma visão evolutiva na interpretação dos direitos de liberdade e de igualdade, como se observou parcialmente na decisão do caso

---

<sup>1</sup> Julieta Lemaitre, Rachel Sieder, “The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica”. *Health and Human Rights Journal* (HHR), Junho, 2017, pp. 1-2. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-moderating-influence-of-international-courts-on-social-movements-evidence-from-the-ivf-case-against-costa-rica>

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.ijrcenter.org/regional/inter-American-system>

<sup>3</sup> CRR - Center for Reproductive Rights, “Rights in the American System for the promotion and protection of Human Rights”, 2002. Também 2018, pp. 1 a 6. Disponível em: <https://www.reproductiverights.org/.../reproductive-rights-in-the-inter-american-system>

*Artavia Murillo*. A argumentação que será desenvolvida nesse estudo é no sentido de chamar a atenção para a possibilidade da inclusão, na esfera dos direitos reprodutivos, das cláusulas internacionais que perseguem o combate à discriminação por motivos religiosos. Como se mostrará, a Corte IDH deixou de incluir tal abordagem em sua decisão, o que pode ser considerado uma falha no sentido de avançar, no contexto regional, paradigmas sistêmicos de interpretação e argumentação jurídicas.

Considerando que o propósito do artigo é a análise do caso em si, do ponto de vista dos argumentos e fundamentos jurídicos subsumidos à respectiva decisão não se fará uma revisão doutrinária dos temas tratados. Entretanto, serão pinceladas as ideias de determinados autores referenciais na teoria do direito e, sobretudo, dos direitos reprodutivos, desde a perspectiva do gênero, na medida em que isso for importante para sustentar o posicionamento da autora.

Nessa dimensão, após um breve relato do caso (Seção I), serão analisados os dois principais padrões adotados na decisão: o direito à liberdade e o direito à igualdade de gênero, com particular atenção aos estereótipos de gênero<sup>4</sup> trazidos pela Corte IDH (Seção II). Primeiramente, será mostrado como a Corte construiu uma interpretação ampla do direito à privacidade, com o propósito de vinculá-la ao direito à vida familiar e ao planejamento reprodutivo. Em seguida, se explicitará como a Corte introduziu na análise as diretrizes derivadas da cláusula da igual proteção, para assumir o combate à discriminação de gênero como padrão primário na garantia do direito das mulheres ao acesso à Fertilização In Vitro. Ver-se-á como esse amplo entendimento representou um avanço, sem precedentes, no sistema regional interamericano, no que concerne à proteção do direito ao planejamento reprodutivo, em face de eventuais restrições arbitrárias por partes dos Estados Membros.

A Seção III trará para o debate a tensão existente entre a perspectiva da igualdade de gênero e a proteção à liberdade religiosa, com o intuito de mostrar que o enfrentamento dessa tensão desempenha papel crucial na garantia do direito ao planejamento reprodutivo e no combate à discriminação contra as mulheres. Através de uma abordagem sintética das regras internacionais sobre o assunto, será possível constatar uma problemática interferência dos valores culturais tradicionais no exercício da autonomia reprodutiva por parte das mulheres. Igualmente, será

---

<sup>4</sup> Rebecca Cook, Simone Cusak, "Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives", Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 45. Como descrito por esta autora, estereótipo de gênero "é um conceito amplo que compreende o estereótipo do sexo, o sexual, o do papel do sexo e o composto" [...]. Lembre-se que o 'estereótipo do sexo se refere a uma visão generalizada ou pré-concepção relativa aos atributos ou características físicas, inclusive as biológicas, possuídas por homens e mulheres. O 'estereótipo sexual' constitui uma visão generalizada ou pré-concepções relativas às características ou qualidades sexuais possuídas por homens e mulheres. O 'estereótipo do papel do sexo' descreve uma visão normativa ou pré-concepção, em consideração aos papéis ou comportamento apropriados para homens e mulheres. Lembre-se, por fim, que o termo "estereótipo composto" se refere ao estereótipo de gênero que coincide com outro tipo de estereótipo, como, por exemplo, o relacionado à raça, idade, e/ou deficiência. (Tradução livre).

ênfatisado que a Corte IDH falhou ao não incluir na decisão do caso *Artavia Murillo* importantes padrões relacionados especificamente com a necessidade de se combater a discriminação por motivos de religião na esfera dos direitos reprodutivos.

## 1. Panorama dos fatos e breve relato do caso

Desde a primeira experiência bem sucedida em Costa Rica com o uso da tecnologia da FIV, em janeiro de 1995, a Igreja Católica do país reagiu com uma posição fortemente conservadora, ao defender que a vida é sagrada desde o seu início e que, portanto, a vida do embrião deve ser respeitada. A despeito de tal reação, o Ministro da Saúde de Costa Rica, prevendo que os casais inférteis passariam a recorrer, crescentemente, às clínicas de reprodução artificial, expediu um Decreto Executivo (nº 24029-S), em 03/02/1995, a fim de regular a prática do procedimento da FIV no país.

Logo após, Hermes Navarro del Valle, Conselheiro da Conferência de Bispos Católicos de Costa Rica, questionou perante a Suprema Corte de Justiça do país a validade do Decreto do Ministro da Saúde, sob a alegação de que a personalidade humana tem início no momento da fertilização do óvulo. Em sua petição, o Conselheiro Navarro pleiteou, assim, a declaração da inconstitucionalidade do Decreto e, conseqüentemente, o banimento do acesso à FIV. Em sua opinião, o descarte dos embriões congelados produzidos durante o procedimento representa violação ao direito à vida.<sup>5</sup>

Em março de 2000, após cinco anos de deliberação, a Corte Constitucional de Costa Rica anulou o Decreto Executivo nº 24029-S, declarando sua inconstitucionalidade. A Corte baseou sua decisão no entendimento de que a proteção da vida deve ser garantida desde o momento da concepção, nos termos dos Artigos 1 (2) e 4 (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>6,7</sup>

---

<sup>5</sup> Julieta Lemaitre, Rachel Sieder, “The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica”. *Health and Human Rights Journal (HHR)*, junho, 2017, p. 4. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-moderating-influence-of-international-courts-on-social-movements-evidence-from-the-ivf-case-against-costa-rica>

<sup>6</sup> OEA, 1969. Com essa decisão, o Estado da Costa Rica tornou-se o único país que proíbe, incondicionalmente, o procedimento da FIV na América Latina. Embora a regulação do procedimento não seja uniforme na região, na maioria dos países o *status* dos embriões congelados não se compara ao *status* da pessoa humana. O acesso à reprodução assistida e sua regulação são conferidos à prática médica nas legislações de países como o Brasil, o Chile, a Argentina e o Equador. A lei mexicana impõe algumas restrições, permitindo aqueles procedimentos somente diante de comprovada infertilidade, insolúvel por outros meios. O Peru, por sua vez, proíbe a FIV somente quando a doadora do óvulo e a gestante não são a mesma pessoa. (Vide Hevia e Herrera, abaixo).

<sup>7</sup> Martin Hevia; Carlos Herrera Vacaflor, “The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights”, *Suffolk Transnational Law Review*, Set., 2012, pp. 1, 2. Disponível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2160733>

Em 29/07/2011 – mais de uma década após –, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – doravante apenas CIDH – apresentou o caso à Corte IDH, pleiteando o exame da decisão da Corte Constitucional da Costa Rica. Em seu pedido, a Comissão arguiu que a proibição absoluta da FIV representa violação ao direito à privacidade e à vida familiar, bem como ao direito de igualdade dos peticionários. Em relação aos direitos de igualdade, a Comissão declarou que a decisão da Suprema Corte de Costa Rica negou o acesso, pelos peticionários, a um tratamento médico disponibilizado aos pacientes, que poderia capacitá-los a “superar sua desvantagem no tocante à possibilidade de terem filhos biológicos”.

*Artavia Murillo* tornou-se um caso exemplar tanto para os movimentos feministas quanto para os “grupos conservadores transnacionais”. Assim, 39 (trinta e nove) pedidos de *amicus curie* foram apresentados no caso. Dentre eles, 16 (dezesesseis) são inegavelmente conservadores – defendem a completa proibição da FIV – e 13 (treze) assumiram uma abordagem feminista – invocam a desproporcionalidade da proibição da FIV por violação aos “direitos das mulheres e casais”. Os outros 10 (dez) avançam também ideias conservadoras – defendendo o direito do embrião à vida e os riscos da FIV para a saúde das mulheres e dos fetos.<sup>8</sup>

Em novembro/2012, na decisão do caso *Artavia Murillo*, a Corte IDH rejeitou o veredicto da Corte Constitucional e ordenou a liberação da FIV em Costa Rica, com fundamento na conclusão no sentido de que o embrião não é considerado como pessoa pelo Artigo 4 (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte IDH acolheu os argumentos da CIDH, tendo em vista que o banimento da FIV implica, de fato, violação aos direitos de privacidade e vida familiar. Além disso, a Corte IDH estendeu o conteúdo do direito à privacidade, incluindo nele as categorias da autonomia reprodutiva, da saúde reprodutiva e da igualdade de gênero.<sup>9</sup>

Porém, a garantia do acesso à reprodução assistida ainda não está pacificada na legislação de Costa Rica. Depois da decisão *Artavia Murillo*, o Presidente do país, Luis Guillermo Solís, expediu, em setembro/2015, um Decreto regulamentando o uso da FIV, seguindo as diretrizes da Corte IDH. No entanto, em fevereiro/2016 a Corte Constitucional de Costa Rica declarou o decreto presidencial inconstitucional, arguindo a “reserva legal” para regulamentar matérias de direitos humanos, incluindo a FIV. Passadas algumas semanas, a Corte IDH determinou “ordens adicionais

---

<sup>8</sup> Julieta Lemaitre; Rachel Sieder, “The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica”. *Health and Human Rights Journal (HHR)*, junho, 2017, p. 4. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-moderating-influence-of-international-courts-on-social-movements-evidence-from-the-ivf-case-against-costa-rica>

<sup>9</sup> Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). *Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica, Judgement of November 2012*, §§ 244, pp. 137, 143-144. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf)

demandando cumprimento” pelas autoridades de Costa Rica, mas ainda não houve solução final da questão.<sup>10</sup>

## 2. Principais padrões utilizados no julgamento do caso: liberdade e igualdade/estereótipos de gênero

A Corte IDH avaliou que proibir os casais incapazes de conceber, naturalmente ou com a ajuda de outras técnicas, de se beneficiarem da FIV viola os princípios da “integridade pessoal”, “liberdade pessoal” e “vida familiar”, estabelecidos, respectivamente, nos Artigos 5 (1), 7 (1) e 11 (2) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com essa decisão, a Corte IDH estabeleceu uma conexão entre os direitos universais à liberdade e o direito ao planejamento reprodutivo. Além disso, a Corte IDH aplicou o padrão da liberdade, combinado com o da igualdade, para proteger o direito das mulheres ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

Os direitos de liberdade, enquanto categorias gerais de direitos humanos, estão protegidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Por essa razão, a Corte IDH pôde declarar que determinadas liberdades não expressamente incluídas no conteúdo das cláusulas de direitos humanos estão nelas implicitamente protegidas. A categoria da privacidade, por exemplo, refere-se a ações “que não afetam” interesses de terceiros e que, portanto, não podem ser proclamadas como sendo “imorais”, porque seu valor moral diz respeito, exclusivamente, ao próprio agente. Assim, a esfera privada representa a esfera da ética individual, não da moralidade pública, incluindo a autonomia para a tomada de decisões reprodutivas.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Evaldo Xavier Gomes, “The Implementation of Inter-American Norms on Freedom of Religion in the Nation Legislation of OAS Member States”, *BYU Law Review*, 575, 2009, p. 593. Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2009/iss3/5>. A decisão da Corte Constitucional, de fevereiro/2016 está disponível em: <http://www.elmundo.cr/sala-iv-anula-decreto-que-autorizaba-la-fertilizacion-in-vitro-y-pide-a-diputados-aprobar-ley>. As ordens adicionais determinadas pela Corte IDH podem ser lidas no anexo da decisão *Artavia Murillo*: “Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, fevereiro/2016 (apud Lemaitre, *op. cit.*, pp. 16-17, notas 13 e 14). Como apontado por Evaldo Xavier Gomes, o Pacto de São José encoraja os “Estados Membros a adotarem os padrões dos direitos humanos em suas estruturas legais internas”. “Como os Estados ratificaram a Convenção, eles concordam em implementar os direitos nela esboçados e em se submeterem aos relatórios e recomendações da Comissão e à jurisdição litigiosa da Corte”. Contudo, embora “tais medidas tornem possível o avanço da proteção dos direitos humanos no Sistema Interamericano, a efetividade e relevância da Comissão e da Corte ainda enfrentam desafios significativos. Dentre esses desafios destaca-se a falta de poder para impor o cumprimento das recomendações e decisões proferidas contra Estados específicos”. (tradução livre).

<sup>11</sup> Martin Hevia, Carlos Herrera Vacaflor, “The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights”, *Suffolk Transnational Law Review*, sept., 2012, p. 14, disponível: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2160733>

No que concerne à garantia do acesso à FIV, a referência ao direito à privacidade, como liberdade fundamental, conduz, naturalmente, à proteção da vida familiar e à autonomia no planejamento reprodutivo. Com base nessa premissa, a autonomia reprodutiva das mulheres foi colocada como liberdade específica que deveria ter primazia na análise do mérito da ação, no caso *Artavia Murillo*.

A Corte IDH seguiu uma tendência, que se aperfeiçoa no continente americano, em direção ao fortalecimento do respeito ao exercício dos “direitos humanos e liberdades fundamentais” das mulheres. Considerando a crescente consciência acerca das violações aos direitos reprodutivos das mulheres pelas leis nacionais, o sistema interamericano aperfeiçoou seus mecanismos no monitoramento dos Estados Membros da OEA, com o propósito de impedir a discriminação sexual. Nesse sentido, maior importância foi atribuída à extensão do conceito de “liberdade pessoal”, em sua conexão ao planejamento reprodutivo (CRR, 2002, p. 7).<sup>12</sup>

Além das disposições da Convenção Americana, o direito à liberdade pessoal já era protegido por outras cláusulas fundamentais, tais como o Artigo 12 da Declaração Universal (1948), o Artigo 17 da Convenção de Direitos Civis e Políticos (1966) e os Artigos 8 e 12 da Convenção Europeia (1950). A primeira regra considera qualquer ataque à privacidade ou à vida familiar como uma intrusão arbitrária na autonomia das pessoas. A mesma regra prescreve, ainda, que “todos têm direito à proteção legal contra tal interferência ou ataque”; a segunda regra apresenta os mesmos padrões; o Artigo 8 da Convenção Europeia também protege a privacidade e a vida familiar contra interferência por parte de “autoridade pública”, e seu Artigo 12 afirma o direito de “homens e mulheres” ao casamento e à formação da família.

Desde os anos 1960, os direitos reprodutivos foram postos, nas jurisdições nacionais e internacionais, como parte do direito à privacidade, costumeiramente conectado à vida familiar. Assim, qualquer restrição governamental à autonomia individual ou familiar, relacionada às “escolhas reprodutivas, incluindo o aborto”, tem sido considerada uma interferência ilegítima na esfera do exercício de direitos humanos protegidos. Os Estados não podem regulamentar os direitos reprodutivos das mulheres sem violar sua dignidade e liberdade pessoal fundamental.<sup>13</sup>

Proibir o uso da FIV também contradiz o Artigo 16 (2) da Convenção Americana, que estabelece a inviolabilidade da autonomia pessoal, a não ser quando sua restrição é necessária para preservar a “segurança nacional”, a “segurança pública ou a ordem pública”, ou, ainda, para proteger a saúde pública e as liberdades de outras pessoas. Esses padrões são importantes para definir os requerimentos da “autorrestrição”

---

<sup>12</sup> Center for Reproductive Rights (CRR). “Rights in the American System for the promotion and protection of Human Rights”, 2002, p. 7, disponível em: <https://www.reproductiverights.org/.../reproductive-rights-in-the-inter-american-system>

<sup>13</sup> Berta E. Hernández-Truyol, “To Bear or Not to Bear: Reproductive Freedom as an International Human Right”, University of Florida Levin College of Law Research Paper, 17 *Brooklyn Journal of International Law* 309, 1991, pp. 311, 324, 329. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2687505>

(“self-restraining”), impostos aos Estados Membros na edição de leis restritivas, potencialmente, prejudiciais ao direito individual de autodeterminação.

Em um relatório prévio,<sup>14</sup> referente à proibição da FIV em Costa Rica, a CIDH entendeu que a decisão da Corte Constitucional não foi, propriamente, ilegítima, diante da ênfase conferida pela Constituição à inviolabilidade da vida. Contudo, a Comissão concluiu que a decisão não satisfaz o “requerimento da proporcionalidade”, desrespeitando, portanto, o direito à privacidade e à formação da família, fortemente protegido pela Convenção Americana. Como arguido pela Comissão, vários outros países regionais possuem leis que protegem a vida pré-natal, mas eles não proíbem a prática da FIV, por estar incluída na autonomia reprodutiva e familiar (Hevia *et al.*, 2012, p. 18).

A decisão *Artavia Murillo* incorporou os argumentos invocados pelos movimentos feministas (*amicus*), ao defenderem um padrão gradual na proteção da vida pré-natal, rejeitando o “momento da concepção” como sendo o início da personalidade humana. Significativamente, a Corte IDH assegurou, no caso, uma regra progressista na proteção do direito das mulheres ao planejamento reprodutivo. Pode-se dizer que, pela primeira vez, o sistema interamericano moldou uma interpretação referencial no tocante ao planejamento reprodutivo através de uma compreensão integrativa da liberdade pessoal e do direito à privacidade. Igualmente, a decisão esboçou regras vinculantes aos Estados, em matéria de reprodução assistida e assistência à saúde reprodutiva. Por fim, embora o caso não envolva diretamente o direito ao aborto, seu julgamento é importante para suportar a “luta nacional e regional pela descriminalização” de sua prática, sobretudo, nos países da América Latina.<sup>15</sup>

Como um segundo padrão, intimamente conectado ao princípio da liberdade, a Corte IDH incorporou, ainda, à decisão o conceito de igualdade, ao adicionar a perspectiva de gênero, sob a ótica da igualdade e dos estereótipos de gênero. Esse padrão, na verdade, deriva de uma intersecção, no contexto reprodutivo, entre o direito às liberdades fundamentais, como estabelecido no Artigo 1 (1) da Convenção Americana, e o conceito de discriminação, estabelecido na Cedaw. Trata-se de uma especial intersecção que se deflui da afirmação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que, por sua vez, indica que a identidade do sujeito deve ser construída sem imposições de qualquer natureza, sejam legais, culturais, sociais ou religiosas.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> CIDH, “*Gretel Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica*”, 2010. Relatório 85/10, Caso 12.361, 2010. Disponível em: [www.cidh.oas.gov/demandas/12.361/Eng.pdf](http://www.cidh.oas.gov/demandas/12.361/Eng.pdf)

<sup>15</sup> Julieta Lemaitre; Rachel Sieder, “The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica”, *Health and Human Rights Journal (HHR)*, junho, 2017, pp. 11, 12. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-moderating-influence-of-international-courts-on-social-movements-evidence-from-the-ivf-case-against-costa-rica>

<sup>16</sup> Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), “*Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica*, judgement of November 2012”, § 143. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_ing.pdf)



Em sua decisão, a Corte IDH indicou três significativos estereótipos de gênero que afetam a vida familiar das mulheres, sendo eles os estereótipos do sexo (*sex*), do papel sexual (*sex role*) e o composto (*compounded*).<sup>17</sup> A Corte afirmou, primeiro, que o estereótipo do sexo reduz a sexualidade feminina à sua função reprodutiva, tornando a maternidade uma experiência essencial para as mulheres. Com isso, declararam os juízes, a infertilidade afeta, desproporcionalmente, as mulheres, razão pela qual a proibição da FIV impacta com maior gravidade suas vidas.<sup>18</sup> Nesse sentido, a Corte invoca o estereótipo do sexo como um fundamento para envolver na decisão o padrão da discriminação de gênero. A Corte não endossa a existência ou o uso dos estereótipos, apenas argui que sua existência representa maior ônus para as mulheres, particularmente no contexto da proibição da FIV.<sup>19</sup>

O segundo estereótipo destacado pela Corte IDH é o do “papel sexual” – homens devem ocupar a posição de provedores enquanto as mulheres devem desempenhar a função da maternidade e cuidadoras do lar. Aqui, da mesma maneira, no que pese admitir que o “papel e status” das mulheres na sociedade não deveriam ser reduzidos a tais códigos, a Corte enfatiza que o estereótipo do “papel sexual” produz sofrimento exacerbado às mulheres inférteis. O que pode levar, inclusive, à instabilidade no casamento, à “violência doméstica, estigmatização e até ao ostracismo”.<sup>20</sup>

Por fim, a Corte IDH também apontou o “estereótipo composto”, que envolve, no caso, a inabilidade das mulheres inférteis para a formação da família. De acordo com a Corte IDH, o efeito desproporcional e a discriminação indireta das mulheres incluem dois tipos de discriminação: um relacionado ao gênero e outro à condição de deficiência. A infertilidade, em si, é considerada uma doença, um impedimento para a procriação e, portanto, a impossibilidade de formar uma família, no sentido tradicionalmente concebido nas sociedades modernas.<sup>21</sup> O estereótipo composto, no caso, advém da coincidência do estereótipo de gênero com o da deficiência reprodutiva.

Além disso, nos últimos anos a CIDH incorporou a análise da saúde reprodutiva das mulheres em suas recomendações a alguns Estados Membros da OEA. Em seus relatórios ao Peru (2000), Paraguai (2001) e Guatemala (2001), a Comissão

---

<sup>17</sup> Conforme definidos na nota supra nº 3.

<sup>18</sup> Costa Rica, *op. cit.*, §§ 294 e 295. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf).

<sup>19</sup> Costa Rica, *op. cit.*, § 302. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf). Como apontado pela Corte: “esses estereótipos de gênero são incompatíveis com as leis internacionais de direitos humanos, sendo que devem ser tomadas medidas para eliminá-los. A Corte não está validando esses estereótipos; apenas os reconhece e os define a fim de descrever o impacto desproporcional da interferência derivada da decisão da Corte Constitucional”.

<sup>20</sup> Costa Rica, *op. cit.*, § 296. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf)

<sup>21</sup> Costa Rica, *op. cit.*, §§ 287-288. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf)

identificou violações aos direitos reprodutivos, impondo obrigações específicas aos governos, com o objetivo de aperfeiçoar a proteção aos assuntos afetos à saúde das mulheres. Todas essas medidas são também parte de uma metodologia para incluir os padrões internacionais e regionais nas legislações nacionais que digam respeito aos direitos reprodutivos das mulheres (CRR, 2002, p. 11-12).

Em geral, se o direito de procriar através de procedimentos médicos, como um direito à saúde reprodutiva, for banido dentro do sistema constitucional de um país, solapa-se a autonomia das mulheres para as escolhas reprodutivas, “livres de discriminação, coerção e violência”. O cuidado com a saúde reprodutiva tem sido associado, nas leis internacionais e nacionais, a outros direitos fundamentais, como privacidade, liberdade, dignidade, igualdade e vida familiar. Somente com essa estendida abordagem é possível compreender as múltiplas esferas da violação aos direitos das mulheres. No caso *Artavia Murillo* a Corte IDH expandiu o conceito de saúde reprodutiva, conectando-o ao direito de liberdade. Em acréscimo, a Corte expandiu o escopo da discriminação de gênero, ao concluir que o acesso das mulheres à FIV é um direito humano que não pode ser banido nas leis dos Estados Membros.<sup>22</sup>

Saliente-se que a Convenção Americana não contém uma disposição específica protegendo o direito à saúde. No entanto, a partir de uma compreensão construtivista, “a justicialidade do direito à saúde” “tem sido reconhecida como indivisível, por natureza”, da justicialidade “dos direitos civis e políticos”.<sup>23</sup> Levando-se em conta o sistema internacional como um todo, a Corte IDH avançou, no caso *Artavia*, essa perspectiva ao conectar a liberdade à saúde reprodutiva, garantindo o acesso às tecnologias médicas como a FIV. De fato, trata-se de uma inferência lógica, já que a incapacidade para procriar torna as pessoas dependentes do recurso a procedimentos médicos como condição para realizar seu projeto reprodutivo.

### **3. Conexão entre o direito ao planejamento reprodutivo e a liberdade de consciência ou religiosa**

Nesta última seção será adicionada ao trabalho análise específica sobre as cláusulas internacionais que protegem a liberdade de consciência, ou religiosa, e sua influência na garantia dos direitos reprodutivos das mulheres. Como será demonstrado, os padrões religiosos e culturais tradicionais antagonizam com a abordagem feminista do direito ao planejamento reprodutivo à luz do conceito de igualdade sexual implementado pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de

---

<sup>22</sup> Ciara O’Connell, “Engendering Reproductive Rights in the Inter-American System”, em: Gender, Sexuality and Social Justice: what’s law got to do with it, Part 2, *Institute of Development Studies*, 2016, p. 59-69.

<sup>23</sup> *Idem*, “Litigating Reproductive Health Rights in the Inter-American System: what does a winning case look like”, *Health and Human Rights Journal*, Volume 16, number 2. Dez. 10, 2014, p. 4. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2014>

Discriminação contra as Mulheres (Cedaw). Será proposto, ainda, que o tema da liberdade religiosa poderia ter sido incluído pela Corte IDH na decisão *Artavia Murillo*. Isso porque o principal fundamento da decisão que banuiu a FIV em Costa Rica se sustenta em uma concepção moral-religiosa particular sobre a importância da vida pré-natal. Ver-se-á que os precedentes da CIDH e da Corte IDH oferecem razões jurídicas para incorporar a cláusula da liberdade de consciência à análise dos casos relacionados à proteção do direito das mulheres ao planejamento reprodutivo, com base na associação entre a integridade mental, ou moral, e o direito ao controle do processo reprodutivo.

### 3.1. Proteção internacional da Liberdade religiosa

O sistema internacional de direitos humanos protege amplamente a liberdade religiosa, possuindo regras gerais e específicas que têm por motivação impedir qualquer tipo de discriminação capaz de restringir o direito à autonomia na formação da consciência individual.

Conforme prescrito no Artigo 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos, estão incluídas no conceito de liberdade de pensamento, consciência e religião tanto a liberdade de escolher quanto a de manifestar, publicamente ou privadamente, qualquer crença ou fé que seja da preferência do indivíduo.<sup>24</sup> Essa foi a primeira norma internacional relativa à liberdade de religião como um direito individual. Similar definição foi, também, adotada no Artigo 18 da Convenção Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.<sup>25</sup>

Posteriormente, a fundamentalidade da liberdade de religião e a necessidade de impedir a discriminação contra crenças religiosas minoritárias foi declarada nos Artigos 1 (1) e 12 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse documento, o respeito à autonomia individual na escolha e no seguimento das próprias crenças e convicções foi afirmado como uma obrigação dos Estados Membros, que devem adotar medidas apropriadas para eliminar padrões religiosos discriminatórios incorporados em seus sistemas jurídicos e práticas sociais.

Além disso, a proibição da discriminação por motivos religiosos foi sedimentada nos Artigos 9 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No Artigo 9, a

---

<sup>24</sup> Nações Unidas, “Universal Declaration of Human Rights”, 1948. Disponível em: [www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr\\_booklet\\_en\\_web.pdf](http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf). “Artigo 18: todos têm o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar, sozinho ou em comunidade com outros, em público ou privadamente, sua religião ou crença, através de lições, práticas, cultos ou ações”. (Tradução livre).

<sup>25</sup> Nações Unidas, “International Covenant on Civil and Political Rights”, 1966. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. “Artigo 18: Todos devem ter o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Esse direito deve incluir a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença da escolha de cada um e a liberdade de manifestar, individualmente ou em comunidade com outros, em público ou privadamente, sua religião ou crença, em cultos, ações, práticas e lições”. (Tradução livre).

Convenção define a liberdade de religião, precisamente, nos mesmos termos utilizados pela Declaração Universal de Direitos Humanos. No Artigo 14, a Convenção enfatiza a importância de se proibir toda espécie de discriminação contra as liberdades individuais protegidas no documento, incluindo a liberdade de pensamento, consciência e religião (Corte EDH, 1953).

A Assembleia Geral das Nações Unidas estendeu mais especificamente o conceito de liberdade de religião na Declaração para a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação por Motivos de Religião ou Crença (Resolução nº 36/55), ao afirmar, em seu Artigo 2 (2):

Para os propósitos da presente Declaração, a expressão ‘intolerância e discriminação baseada em religião ou crença’ significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em religião ou crença, que tenha por propósito ou consequência anular ou impedir o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade.<sup>26</sup> (Tradução livre)

Esse dispositivo é crucial para os direitos de igualdade de gênero, já que ele protege as mulheres contra a “discriminação indireta”,<sup>27</sup> considerando que qualquer restrição, institucionalmente ou socialmente imposta, em bases religiosas, potencialmente prejudicial ao exercício das liberdades fundamentais por parte das mulheres representa violação ilegítima às garantias a si conferidas pelo direito internacional. Na esfera institucional, mesmo quando tal violação não constitui o propósito da lei ou política, a restrição, no caso, pode implicar intolerância ou discriminação, com base na religião, pelos efeitos que ela produz na vida das mulheres.

Tal definição estabelecida pelas Nações Unidas aperfeiçoa, de forma significativa, os parâmetros da aplicação do princípio da liberdade de religião, indo além da simples aceitação do princípio em si mesmo para incorporar padrões relacionados a situações particulares, invocadas nos casos submetidos às decisões jurisdicionais. Trata-se de uma diferença importante, já que os problemas mais complexos surgem, exatamente, na aplicação do princípio aos casos nos quais é necessário restringir o “exercício da liberdade religiosa”, em respeito aos direitos de outras pessoas.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Nações Unidas, “Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, Res./36/55, 1981. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>

<sup>27</sup> Costa Rica, *op. cit.*, § 286. Discriminação indireta é aquela não derivada do próprio texto da lei, mas dos efeitos que ela produz em determinados grupos de pessoas. A Corte IDH explica esse conceito da seguinte forma: “Esse conceito significa que a lei ou prática, que parece ser neutra, possui repercussões, particularmente negativas na pessoa ou grupo com características específicas”.

<sup>28</sup> Christian Walter, “The Protection of Freedom of Religion within the Institutional System on the United Nations”, em: “Rights in a World Diversity – the Case of Religious Freedom”.

No mesmo documento (Resolução 36/55), Artigos 3 e 4, são delineados padrões rígidos no combate a todo tipo de violação às liberdades fundamentais com base em religião ou crença. Ademais, o Artigo 3 declara que a discriminação dos seres humanos baseada em suas crenças “constitui uma afronta à dignidade humana”, evidenciando explícita vinculação entre autonomia, igualdade e dignidade. Impõe-se, especificamente, aos Estados – Artigo 4 (2) – “emprender todos os esforços para promulgar ou anular leis, quando necessário, para proibir tal discriminação”.

Em linhas gerais, o conjunto de normas relativas à liberdade religiosa indica a necessidade de equiparar doutrinas religiosas e convicções seculares. A liberdade de consciência é uma categoria ampla, que incorpora a autonomia para a escolha de valores pessoais destacados da religião, e deve ser, igualmente, protegida, desde que não haja violação a interesses de terceiros. Em se constatando que uma restrição que atinja o direito das mulheres à autonomia reprodutiva advém, não do conjunto normativo, mas da interferência de valores morais/religiosos, caracteriza-se violação ao Artigo 2 (2) da Resolução 36/55, acima transcrito. Como se mostrará nas próximas seções, a opção feita pela Corte IDH, no caso *Artavia Murillo*, de conferir prioridade ao princípio da igualdade, abre o caminho para sustentar o direito ao planejamento reprodutivo em temas sensíveis às doutrinas religiosas tradicionais.

### **3.2. Direitos reprodutivos e liberdade de religião: o que a religião tem a ver com a igualdade de gênero?**

Em consideração à igualdade de gênero, o conflito entre os direitos das mulheres e a cultura e a religião<sup>29</sup> é uma questão histórica complicada. Esse conflito se torna ainda mais problemático na esfera dos direitos reprodutivos e do direito à saúde. Em relação ao aborto, por exemplo, as normas que solapam a decisão autônoma das mulheres são sempre suportadas por crenças religiosas e grupos que lutam para impedir sua legalização. Não somente o aborto, mas, também, qualquer outro direito cuja efetivação importa na destruição do embrião, como no caso da FIV, provoca a apresentação de demandas religiosas contrapostas aos direitos das mulheres. Isso desemboca no desrespeito à liberdade de consciência das mulheres quanto à escolha

---

*Pontifical Academy on Social Sciences, Ata 17, 2012, pp. 588 a 603. Disponível em: [www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta17/acta17-walter.pdf](http://www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta17/acta17-walter.pdf)*

<sup>29</sup> Frances Raday, “Culture, Religion and Gender”, em: Oxford University Press and New York University School of Law, I. CON., Volume 1, N. 4, 2003, p. 663-715. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2606788>. Utiliza-se aqui o termo “cultura” e “religião” com o significado introduzido por Raday nas páginas 655 a 667 e 669. Essa autora afirma que cultura, no sentido ideológico “se refere ao que as pessoas pensam, valoram, acreditam e sustentam como ideais”. Diz, ainda, que cultura é um “conceito macro, que subsume a religião como um aspecto da cultura”, e que a visão da cultura que contrasta com os direitos humanos é a da cultura tradicional. A religião tradicional, particularmente, representa “o testemunho da resistência cultural aos direitos humanos e à igualdade de gênero”.

de sua própria visão sobre o valor da vida pré-natal, bem como quanto ao balanceamento desse valor com seu planejamento reprodutivo.

Em geral, no contexto dos sistemas constitucionais a ampla proteção à liberdade religiosa impõe limites à autonomia reprodutiva das mulheres. Por essa razão costuma ser tão desafiador implementar os direitos humanos das mulheres, proclamados nos tratados internacionais. Os Estados costumam interpretar os comandos legais contidos na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Cedaw) e outros documentos, principalmente os que se relacionam à discriminação religiosa, utilizando estritamente o padrão da igualdade. Ao interpretarem a cláusula da igualdade de gênero – nos serviços de saúde, por exemplo –, os Estados justificam suas práticas discriminatórias com base no “costume ou religião”, entendendo que tais práticas não representam violação aos direitos das mulheres.<sup>30</sup>

A tendência em atribuir primazia à religião, em comparação aos direitos das mulheres, advém de uma intersecção histórica entre religião e cultura patriarcal. Gila Stopler demonstra como a “moralidade religiosa patriarcal” foi incorporada aos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, e como “leis alegadamente neutras” foram usadas através da história para perpetuar a subordinação das mulheres. Stopper também argui que a doutrina feminista não está enfatizando o papel do poder político religioso no contexto da crescente discriminação contra as mulheres. Os argumentos feministas em prol da igualdade frequentemente negligenciam o desafio veiculado pela moralidade religiosa, sob a crença de que é possível assegurar igualdade sem desenvolver esse antagonismo.<sup>31</sup>

No entanto, claramente, os direitos reprodutivos sofrem restrições, quando não são completamente negados, em decorrência da interferência da moralidade religiosa no processo legislativo. Através da articulação política do discurso religioso, no debate público sobre o direito ao planejamento familiar, a demanda pela igualdade de gênero é solapada, em face da consideração dos interesses da vida pré-natal. Do ponto de vista do princípio da igualdade, isso implica numa violação discriminatória do exercício de uma liberdade fundamental. Como bem defendido por Frances Raday, não há justificação para dar prioridade aos valores religiosos em comparação

---

<sup>30</sup> David Guinn, “Religion, International Human Rights and Women’s Health: Synthesizing Principles and Politics”, Nov. 15, 2005, p. 14. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=851384>

<sup>31</sup> Gila Stopler, “A Rank Usurpation of Power—The Role of Patriarchal Religion and Culture in the Subordination of Women”, 15 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2008, pp. 365-398, disponível: <https://scholarship.law.duke.edu/djglp/vol15/iss1/5>. Para maiores detalhes sobre como as religiões patriarcais, na cultura ocidental, influenciaram a subordinação das mulheres e criaram padrões sexuais desiguais, particularmente, na esfera reprodutiva, consulte-se pp. 372-377.

ao princípio da igualdade, porque os valores religiosos são particulares a uma ou outra doutrina enquanto a igualdade é um valor universal.<sup>32</sup>

Os instrumentos internacionais afirmam a supremacia de outros direitos fundamentais, como o planejamento reprodutivo e familiar, em relação aos valores culturais e religiosos. Assim, o artigo 18 (3) da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos proclamou, expressamente, que a liberdade de religião está submetida às prescrições vinculadas à garantia dos “direitos e liberdades morais ou fundamentais”. Igualmente, o Artigo 5 da Cedaw impõe a obrigação dos Estados de eliminar todos os “padrões sociais e culturais”, “preconceitos” e práticas “costumeiras” potencialmente prejudiciais aos direitos de igualdade das mulheres. Com o mesmo propósito, o Artigo 12 (1) da Cedaw exige o “direito absoluto da mulher de ter acesso aos serviços de assistência à saúde, inclusive os relacionados ao planejamento familiar. Todavia, o direito internacional tem falhado no que diz respeito a avançar uma compreensão hierárquica dos direitos das mulheres em relação aos padrões culturais e religiosos.<sup>33</sup>

De fato, o sistema interamericano de direitos humanos tem a possibilidade de aplicar a diretriz estabelecida no Artigo 5 da Cedaw a todos os casos e decisões que envolvam a autonomia reprodutiva das mulheres, a fim de identificar os estereótipos culturais incorporados às leis nacionais aparentemente neutras, especialmente aos casos que abordem, igualmente, o direito à vida do embrião. Nessa direção, a Corte IDH e a CIDH costumam mencionar em suas decisões e políticas que o equilíbrio

---

<sup>32</sup> Frances Raday, Culture, “Religion and Gender”, em: Oxford University Press and New York University School of Law, I. CON., Volume 1, N. 4, 2003, pp. 663-715. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2606788>. Na pág. 696, o autor examina, criticamente, três teorias que defendem a hegemonia dos padrões religiosos sobre a igualdade. O multiculturalismo, que suporta a supremacia da “autonomia comunitária”, como um valor suficiente para sobrepor-se às demandas por igualdade; a “abordagem consensual”, segundo a qual o “consenso político no sistema democrático” garante a supremacia dos valores culturais e religiosos; e o que o autor denomina “abordagem de consentimento ou renúncia”, de acordo com a qual o consentimento individual aos valores comunitários impõe a necessidade de respeitá-los. Raday responde a essas três teorias, arguindo, primeiramente, que o culturalismo não pode ser usado para construir um sistema jurídico positivo, já que ele constitui, em si mesmo, uma abordagem relativista e pode resultar em um “nihilismo moral”. Raday argui, ainda, que o consenso político nas sociedades tradicionalistas se baseia em uma visão patriarcal, o que limita muito o alcance do questionamento sobre o problema da igualdade de gênero. Finalmente, o autor afirma que, em um contexto de opressivas “normas não igualitárias”, os membros dos grupos oprimidos não são capazes de dissentir, comprometendo a legitimidade do consenso. Atualmente, a voz das mulheres é marginalizada no “processo do estabelecimento de normas comunitárias” e nas demandas pela proteção da liberdade religiosa, “usadas para contrapor-se às demandas das mulheres por igualdade de gênero – diz Raday nas páginas 696 a 697, 700, 702 e 710).

<sup>33</sup> David Guinn, “Religion, International Human Rights and Women’s Health: Synthesizing Principles and Politics”, Nov. 15, 2005, p. 5. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=851384>. A mesma análise pode ser lida em Raday, *op.cit.*, pp. 676-680.

entre os valores religiosos e os direitos das mulheres é essencial para a defesa da igualdade de gênero e da autonomia reprodutiva.

A intersecção controversa entre religião e autonomia reprodutiva vem sendo discutida em alguns sistemas constitucionais dos países democráticos. O sistema norte-americano, por exemplo, assegura o direito das mulheres de controlar seu processo reprodutivo, inclusive através da prática do aborto, desde 1973. Existe um debate jurisprudencial histórico no país propondo que o direito ao aborto está protegido pelas cláusulas constitucionais da liberdade de religião. De acordo com essa tese, qualquer legislação que restrinja o direito ao aborto viola a “cláusula da proibição do estabelecimento” pela qual os Estados não podem adotar uma religião ou crença particular como fundamento para suas normas legislativas.<sup>34</sup> Outro país que vem discutindo a mesma questão é a Colômbia, cuja Corte Constitucional desenvolveu uma interpretação das leis que tratam da liberdade de religião no sentido de adicionar alguns conteúdos importantes ao próprio conceito de religião. Diante dos padrões internacionais, a Corte Suprema Colombiana declarou como incluído no princípio da liberdade de religião o direito de casar e de estabelecer uma família de acordo com suas próprias convicções religiosas.<sup>35</sup> Esse entendimento contribui para estender a proteção da liberdade individual de consciência, no que tange às decisões privadas afetas à autonomia reprodutiva e ao planejamento familiar.

### 3.3. Uma possível análise do princípio da liberdade de religião no caso *Artavia Murillo*

Compreensivelmente, a decisão *Artavia Murillo* tornou-se um “marco histórico na batalha jurídica” entre movimentos feministas e doutrinas religiosas conservadoras no continente americano, no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos. A interpretação da Corte IDH do Artigo 4 (1) da Convenção Americana de Direitos

---

<sup>34</sup> Ronald Dworkin, (*Life's Dominion: an argument about abortion, euthanasian and individual freedom*), New York, Vintage Books, 1994, pp.150 a 162); John Paul Stevens, (“The Bill of Rights: a century of progress”, 59 *University of Chicago Law Review* 13, 1992, pp. 30 a 32); e Peter Wenz, (*Abortion Rights as Religious freedom*), Philadelphia, Temple University Press, 1992, pp. 195-200) fornecem uma maior compreensão sobre essa questão no contexto norte-americano. No tocante à Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Thornburg v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986), o juiz Stevens defendeu a aplicação da cláusula constitucional da liberdade religiosa à regulamentação do aborto. Na opinião de Stevens, “somente um argumento teológico muito poderoso” pode justificar o interesse do Estado em proteger a vida do embrião desde o momento da fertilização. No caso *Webster v. Reproductive Health Services*, 493 U.S. 490 (1989), Stevens afirmou expressamente que a vida pré-natal não está legitimamente protegida na Constituição em todo o período da gravidez.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-088 del 3 de Marzo de 1994, M.P.: Fabio Morón Díaz (Apud Xiomara Loreno Romero Péres. “La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Análisis comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano)”, em: *Revista del Derecho del Estado* n° 29, jul.-dez., 2012, p. 215-232. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2190455>



Humanos, rejeitando a proteção absoluta da vida dos embriões, fortaleceu a luta feminista em prol da autonomia reprodutiva das mulheres.

A Corte IDH declarou que, em se acolhendo a interpretação da Corte de Costa Rica, o direito à vida se aplicaria, em iguais parâmetros, tanto à criança quanto à “vida pré-natal”. Para a Corte IDH, a opinião segundo a qual o embrião é um ser humano desde a concepção provém de uma visão moral particular. Essa visão não é, portanto, apropriada para definir o conteúdo dos conceitos jurídicos subsumidos às disposições da Convenção Americana, porque isso implicaria na imposição de crenças particulares às pessoas que não as professam.<sup>36</sup>

Vale mencionar, aqui, o conhecido argumento de Ronald Dworkin, no sentido de que a proteção da vida do embrião, sobretudo em seus primeiros estágios de evolução, se suporta em uma crença no valor sagrado da vida humana, de forma a que ela se torne inviolável em si mesma. Dworkin explica, convincentemente, que o direito à vida não se estende, absolutamente, ao nascituro, na maioria das Constituições democráticas. Ainda assim, a autonomia reprodutiva é, por regra geral, algo problemático se a destruição dos embriões está envolvida. Isso acontece, afirma o autor, não porque o nascituro se equipare, juridicamente, à pessoa, mas antes porque a vida humana tem um valor intrínseco. Portanto, a destruição da vida pré-natal representa um problema moral, e não legal. Dworkin não quer dizer com isso que a vida pré-natal não seja digna de ser protegida. Ao contrário: ele chama a atenção para o fato de que a vida humana é valiosa, e de que os Estados podem tutelar os interesses do nascituro, principalmente nos estágios finais da gravidez, mas não devido ao seu *status* jurídico. É o *status* moral da vida em si mesma que justifica a sua proteção, o que reforça a ideia de que o embrião não possui o direito constitucional absoluto à vida desde o momento da concepção.<sup>37</sup>

Com base na tese de Dworkin, a proibição de um procedimento médico que importa na destruição do embrião – e a FIV é um deles – se sustenta, invariavelmente, na religião. Para melhor compreender a tese de Dworkin é preciso esclarecer que o termo “religião” inclui, nessa visão, qualquer convicção metafísica ou moral adotada por aqueles que se opõem ao direito das mulheres de exercer sua autonomia reprodutiva, ainda que não provenha diretamente das doutrinas ou instituições religiosas. Isso porque a destruição da vida humana, em todas as suas formas, se apresenta, naturalmente, como uma questão a ser refletida numa dimensão ético-moral.

Nesse particular, embora o Estado de Costa Rica tenha alegado que o procedimento da FIV apresenta potenciais riscos físicos e psicológicos para a saúde das mulheres, bem como riscos à formação do embrião, não existe evidência científica corroborando tais efeitos. O Estado acrescentou que a decisão da Corte Constitucional não baniu todas as técnicas de reprodução assistida, mas apenas aquelas que

---

<sup>36</sup> Costa Rica, *op. cit.*, §§ 168 e 188 a 9.

<sup>37</sup> Ronald Dworkin, “*Life’s Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*”, New York: Vintage Books, 1994, pp. 34 a 35.

colocam em risco o direito à vida. Porém, ao ressaltar a ausência de consenso “em relação ao *status* jurídico dos embriões congelados” e ao insistir em sua proteção incondicional,<sup>38</sup> o Estado assumiu uma explícita posição moral no que concerne à vida dos embriões, a qual não pode ser imposta às mulheres.

Desse modo, a proibição da FIV é uma restrição arbitrária ao exercício das liberdades fundamentais, da liberdade pessoal e da integridade moral, genericamente falando, e ao direito ao planejamento reprodutivo. Mesmo considerando que tal restrição não tenha sido o propósito direto da decisão da Corte de Costa Rica, foi, inegavelmente, o efeito mais evidente da proibição do acesso das mulheres à FIV. Em acréscimo, a discriminação baseada na religião, no caso, violou o princípio da igualdade, em uma perspectiva de gênero, por impor uma restrição desproporcional do direito ao livre planejamento reprodutivo das mulheres.

A moralidade religiosa influencia fortemente as decisões institucionais, promovendo, em diversas situações, o desrespeito ou, até, a anulação de importantes direitos das mulheres. Gila Stopler demonstra que, no contexto norte-americano, por exemplo, “a separação constitucional entre Igreja e Estado” não tem sido o bastante, nas últimas décadas, para isentar o direito ao planejamento reprodutivo do “alcance das ideias religiosas patriarcais.”<sup>39</sup> A tolerância às crenças contrapostas à autonomia reprodutiva, quando os interesses da vida do embrião estão em questão, conduz à rejeição da liberdade de consciência e da independência ética das mulheres. Assim, esse tipo de tolerância resulta em discriminação contra as mulheres por motivo de religião e em seu “desempoderamento”, enquanto grupo politicamente minoritário dentro da sociedade. O conceito de tolerância não pode, assim, aplicar-se às práticas religiosas e culturais, sem representar um “poder arbitrário e prejudicial contra” os grupos menos empoderados.<sup>40</sup>

Como explicitado nesse trabalho, no caso *Artavia Murillo* a Corte IDH interpretou o conceito de liberdade, tal como definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em sentido amplo, de modo a incluir o direito à autodeterminação. Quer dizer: quando os indivíduos lidam com aquilo que consideram importante em suas vidas privadas, eles podem “escolher livremente” o que querem fazer, de acordo com suas próprias convicções. A Corte IDH desenvolveu uma conexão

---

<sup>38</sup> Costa Rica, *op. cit.*, §§128-129, 155 e 170.

<sup>39</sup> Stopler se refere, nessas passagens, aos casos do aborto, decididos nos anos 1990 pela Suprema Corte dos Estados Unidos, especialmente, os casos *Harris v. MacRae* e *Gonzalez vs. Cahart*. No primeiro caso, a decisão proibiu o financiamento público dos procedimentos abortivos; no segundo caso, a decisão proibiu um método específico de realizar o aborto, denominado “partial birth abortion”, comumente utilizado no segundo trimestre da gravidez. Segundo Stopler estabelece nas páginas 391 a 393, restou claro, em tais casos, que os cinco votos majoritários se basearam nas “crenças religiosas” dos próprios juízes.

<sup>40</sup> Gila Stopler, “A Rank Usurpation of Power – The Role of Patriarchal Religion and Culture in the Subordination of Women”, 15 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2008, pp. 392 a 395. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djglp/vol15/iss1/5>

entre “liberdade reprodutiva” e “integridade mental”.<sup>41</sup> De outro lado, a Corte IDH não associou a vida familiar à autodeterminação moral e religiosa, o que poderia ter sido feito por meio da categoria da “integridade mental”, entendendo-se que a mesma significa, também, “integridade moral”, que indica, por sua vez, a autonomia da consciência.

Ao explicar sua interpretação do conteúdo normativo do Artigo 4 (1) da Convenção Americana, a Corte IDH minimizou sua análise, pois enfatizou, apenas, seu desacordo com a visão afirmada pela Corte de Costa Rica acerca do direito à vida do nascituro. A Corte IDH tangenciou o conflito existente entre os valores religiosos, subsumidos ao entendimento da Corte de Costa Rica, e o direito das mulheres ao planejamento reprodutivo. Pode-se dizer que a Corte IDH falhou ao não aperfeiçoar e estabelecer um padrão mais estendido da liberdade, no tocante aos direitos reprodutivos.

De toda sorte, a Corte IDH fez uma referência indireta às disposições sobre a liberdade religiosa na seara internacional, como já mencionado, ao pincelar que categorias jurídicas não podem ser interpretadas a partir de preceitos religiosos. Pode-se dizer que o ato discriminatório tem motivação religiosa quando provém de qualquer doutrina ou convicção que não possua caráter universal, quer dizer: que não seja compartilhada por todos os seres humanos. Isso é o que a Corte IDH declarou, precisamente, na decisão *Artavia Murillo*, ao analisar a aplicação do direito à vida ao nascituro e ao atualizar a interpretação da expressão “em geral” utilizada no Artigo 4 (1) da Convenção Americana. Com isso, a Corte IDH tornou explícito que a tutela dos interesses da vida pré-natal antagoniza com a autonomia reprodutiva das mulheres.

Além disso, a Corte IDH enfatizou a necessidade de implementar uma interpretação sistemática do alcance dos direitos humanos, devendo ser considerados, em cada caso, não apenas as normas e os documentos diretamente invocados, mas também o sistema como um todo.<sup>42</sup> Nesse sentido, se a decisão do Estado de Costa Rica tomou por premissa uma compreensão particular sobre a importância da vida pré-natal, em prejuízo à integridade moral das mulheres, a Corte IDH poderia ter adotado um fundamento legal adicional a fim de reforçar o aspecto discriminatório, em bases religiosas, presente na decisão daquele país. Em outras palavras: o conceito de discriminação baseada na religião poderia ter sido aplicado como um dos fundamentos da decisão *Artavia Murillo*.

Em linhas gerais, a Corte IDH e a CIDH incorporaram, em algumas decisões por elas proferidas, uma conexão entre o planejamento reprodutivo e as normas que protegem a liberdade de consciência e a identidade psíquica ou moral. Pode-se vislumbrar, ainda, que a ideia de violência contra a autonomia mental / integridade psíquica e moral das mulheres deriva de uma conexão entre várias categorias

---

<sup>41</sup> Costa Rica, *op. cit.*, §§ 142 e 147.

<sup>42</sup> Costa Rica, *op. cit.*, § 191.

complexas de direitos humanos, tais como liberdades fundamentais, discriminação de gênero, violência e padrões religiosos majoritários.<sup>43</sup>

Desse modo, é imperativo que os órgãos internacionais de direitos humanos, ao julgarem seus casos, procurem expandir a definição das obrigações dos Estados em consideração aos direitos das mulheres à saúde e ao planejamento reprodutivo. É certo que no caso *Artavia Murillo* as partes não invocaram as cláusulas da liberdade religiosa em suas peças processuais; igualmente, a CIDH não sugeriu tal inclusão ao apresentar o caso à Corte IDH. Entretanto, a Corte IDH, ao interpretar as normas de direitos humanos incluídas nos casos que julga, sejam elas introduzidas pelas partes ou pela CIDH, tem a possibilidade de desenvolver conexões adicionais com outras normas inter-relacionadas, em uma perspectiva sistêmica.

Como exposto na Seção I deste estudo, ao julgar o caso *Artavia Murillo*, a Corte IDH vinculou o princípio da liberdade/privacidade familiar ao direito ao planejamento reprodutivo, e incorporou, ainda, a igualdade de gênero, sendo que tais categorias não foram levantadas pelas partes ou pela CIDH. Nesse sentido, a Corte IDH poderia, também, ter proclamado o direito das mulheres ao acesso à tecnologia da FIV, com suporte, dentre outras razões, na ideia da não interferência das motivações religiosas no âmbito da interpretação das normas jurídicas. Poder-se-ia declarar, ainda, no que concerne aos serviços médicos de assistência à saúde, a primazia da autonomia reprodutiva das mulheres sobre a tolerância aos valores religiosos, em situação de colisão entre as duas categorias.

Em geral, a CIDH também se esquece de invocar expressamente, em suas recomendações e decisões, a necessidade de limitar a interferência das crenças majoritárias, de maneira a promover o respeito aos direitos reprodutivos das mulheres. Em alguns casos a Comissão chega a abordar a questão religiosa, mas periféricamente. No caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. Mexico*, Report,<sup>44</sup> por exemplo, a CIDH mencionou, timidamente, a questão para afirmar o direito ao aborto como uma decisão autônoma das mulheres.

Nesse caso, uma adolescente de 14 anos, grávida após um estupro, foi, indiretamente, impedida de fazer o aborto, porque sofreu todos os tipos de pressão moral, provenientes de representantes da Igreja Católica e da equipe de saúde, no local onde ela procurou pela assistência ao aborto. A legislação, na cidade do México, admite o aborto em caso de estupro, mas a mãe da adolescente, preocupada com a segurança da filha, decidiu não submetê-la ao procedimento. A violação ao direito

---

<sup>43</sup> Nesse particular, a Convenção de Belém do Pará (1994) protege o direito das mulheres à integridade mental e moral, à dignidade e a igual proteção [Artigo 4(b), (e) e (f)], determinando a obrigação dos Estados de eliminar estereótipos culturais de gênero [Artigo 8(b)]. Igualmente, a CIDH expediu recomendações aos Estados para que empreendam ações com o intuito de erradicar padrões socioculturais que criam discriminação contra as mulheres.

<sup>44</sup> Organização dos Estados Americanos, "Inter-American Commission on Human Rights", Relatório 21/07, Petição 161-02, Friendly Settlement, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, México, março 9, 2007.

ao planejamento reprodutivo se sustentou, no caso, em “normas socioculturais”, convicções morais tradicionais e no repúdio religioso à prática do aborto. A CIDH chamou a atenção, no seu Relatório, para a prevalência do direito de decisão das mulheres, em relação às crenças religiosas das outras pessoas. Entretanto, a CIDH perdeu a oportunidade de reconhecer a “correlação entre religião e as atitudes e crenças abraçadas por profissionais dos serviços de saúde como estando associada às violações dos direitos reprodutivos”.<sup>45</sup> A Comissão poderia ter incluído, no acordo então realizado, a obrigação do Estado de regulamentar a admissão da objeção de consciência nos serviços de assistência à saúde.

Em suma, em termos gerais, o sistema interamericano de direitos humanos está autorizado a incorporar, legitimamente, em seus documentos e decisões, a conexão entre o direito ao planejamento reprodutivo e as normas que se referem ao impedimento à discriminação, por motivos religiosos. A base para tal incorporação tem suporte tanto em tratados internacionais específicos quanto em precedentes da CIDH e da Corte IDH.

## Conclusão

A decisão da Corte IDH, no caso *Artavia Murillo*, vinculou a autonomia reprodutiva aos direitos universais de liberdade e introduziu a análise dos estereótipos de gênero no padrão do princípio da igualdade. Além disso, a Corte IDH adotou uma compreensão restritiva em relação ao direito à vida, estreitando o significado da expressão “em geral” utilizada no Artigo 4 (1) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse sentido, a decisão, no caso, representou importante progresso na proteção do direito das mulheres ao planejamento reprodutivo.

A construção de uma argumentação referencial para assegurar o exercício dos direitos reprodutivos exige a composição de múltiplos preceitos declarados nos tratados internacionais, que estruturam a primazia dos direitos humanos e liberdades fundamentais no contexto do domínio político-jurídico dos Estados. Através da consolidação do conceito de autonomia, bem como de sua conexão à integridade mental e moral – como operacionalizado no caso *Artavia Murillo* –, o sistema interamericano aperfeiçoou seus princípios e estratégias para identificar e eliminar os aspectos discriminatórios incorporados às leis e decisões judiciais dos Estados.

De outro lado, no que pese a fundamental contribuição do caso *Artavia Murillo*, a Corte IDH poderia ter avançado ainda mais seu modelo interpretativo, em consideração à proteção da autonomia reprodutiva e da igual proteção perante a lei, trazendo para o debate jurídico acerca do assunto as normas relacionadas à discriminação baseada na religião ou nas convicções. Diante do entendimento firmado

---

<sup>45</sup> Ciara O’Connell, “Litigating Reproductive Health Rights in the Inter-American System: what does a winning case look like”, *Health and Human Rights Journal*. Volume 16, number 2, Dec. 10, 2014, p. 8. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2014>.

pela Corte no que concerne aos limites do direito à vida, seria perfeitamente possível identificar, no bojo da decisão, razões religiosas que estão no cerne das violações ao direito das mulheres ao planejamento reprodutivo.

De fato, mostrou-se que o reconhecimento dos direitos reprodutivos encontra fortes obstáculos, derivados da interferência de valores religiosos tradicionalmente incorporados à nossa cultura, especialmente nos países latino-americanos. E que, sobretudo, o direito de as mulheres terem controle sobre o projeto reprodutivo é costumeiramente violado pela primazia que as legislações nacionais conferem ao interesse na preservação da vida pré-natal.

Assim, a Corte IDH perdeu a oportunidade de discutir e estabelecer um esquema abrangente de fortalecimento dos instrumentos que proíbem a discriminação de gênero associada à discriminação religiosa. Seria oportuno invocar, como fundamento adicional da decisão, regras específicas, extraídas particularmente dos documentos internacionais destacados na Seção III do presente trabalho, delimitadoras da obrigação dos Estados de eliminar padrões culturais que afetem a igualdade de gênero.

De todo modo, viu-se que a o julgamento do caso *Artavia Murillo* proporcionou significativa contribuição para a proteção internacional do direito ao planejamento reprodutivo. Igualmente, evidenciou-se a relevante preocupação da Corte IDH em desenvolver estratégias capazes de auxiliar os Estados a alcançar nível mais avançado na garantia dos direitos humanos em geral, em parâmetros igualitários. Ao declarar um conteúdo extenso às normas fundamentais, a Corte IDH criou diretrizes, a serem seguidas pelos Estados, no tocante à assunção de sua responsabilidade no cumprimento dos compromissos firmados para a eliminação de toda espécie de violação aos direitos humanos. Por todas essas razões, a decisão, no caso, representa precedente crucial na sedimentação da garantia do direito ao planejamento reprodutivo, na perspectiva do gênero.

## Referências

- COOK, Rebecca, Simone CUSAK, "Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives", Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, "European Convention on Human Rights", 1950. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)
- COSTA RICA, Constitutional Chamber of Costa Rica. Judgement nº 2000-022306, 03/15/2000.
- COSTA RICA, Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), "Artavia Murillo et al. vs. Costa Rica, judgement of November 2012". Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec\\_257\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulus/seriec_257_ing.pdf)
- CRR - CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, "Rights in the American System for the promotion and protection of Human Rights", 2002. Disponível em: <https://www.reproductiverights.org/.../reproductive-rights-in-the-inter-american-system>

- DÍAZ, Álvaro Paúl, “La Corte Interamericana in Vitro: Comentarios Sobre su Proceso de Toma de Decisiones a Propósito del Caso Artavia”, abril 19, 2013, *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Vol. 2, 2013. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2208087>
- DWORKIN, Ronald, “*Life’s Dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*”, New York, Vintage Books, 1994.
- GOMES, Evaldo Xavier, “The Implementation of Inter-American Norms on Freedom of Religion in the Nation Legislation of OAS Member States”, *BYU Law Review*, 575, 2009. Disponível em: <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2009/iss3/5>
- GUINN, David, “Religion, International Human Rights and Women’s Health: Synthesizing Principles and Politics”, Nov. 15, 2005. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=851384>
- HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta E., “To Bear or Not to Bear: Reproductive Freedom as an International Human Right”, 17 *Brooklyn Journal of International Law* 309, University of Florida Levin College of Law Research Paper, 1991. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2687505>
- HEVIA, Martin; Carlos Herrera VACAFLOR, “The Legal Status of In Vitro Fertilization in Latin America and the American Convention on Human Rights”, Sept., 2012, *Suffolk Transnational Law Review*, 2012. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2160733>
- LEMAITRE, Julieta; Rachel SIEDER, “Litigating Reproductive Health Rights in the Inter-American System: what does a winning case looks like”, *Health and Human Rights Journal (HHR)*, Volume 16, number 2, Dec, 10, 2014. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2014>
- \_\_\_\_\_, “The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case Against Costa Rica”, *Health and Human Rights Journal (HHR)*, junho de 2017. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2017/06/the-moderating-influence-of-international-courts-on-social-movements-evidence-from-the-ivf-case-against-costa-rica>
- NAÇÕES UNIDAS, “Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, Res./36/55, 1981. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>
- \_\_\_\_\_, “International Covenant on Civil and Political Rights”, 1966. Disponível em: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- \_\_\_\_\_, “Recommendation No. 28 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women”, 2010. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/CEDAW-C-2010-47-GC2.pdf>
- \_\_\_\_\_, “The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women” (Cedaw), 1979. Disponível em: [www.un.org/womenwatch/daw/cedaw](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw)
- \_\_\_\_\_, “Universal Declaration of Human Rights”, 1948. Disponível em: [www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr\\_booklet\\_en\\_web.pdf](http://www.un.org/en/udhrbook/pdf/udhr_booklet_en_web.pdf)

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, “Inter-American Commission on Human Rights”, Relatório 21/07, Petição 161-02, Friendly Settlement, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, Mexico, março 9, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women (Convention of BELÉM do Pará)”, 1994, disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-61.html>>
- \_\_\_\_\_, “American Declaration of the Rights and Duties of Man”, 1948. Disponível em: [www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaratio20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf](http://www.oas.org/dil/1948%20American%20Declaratio20of%20the%20Rights%20and%20Duties%20of%20Man.pdf)
- \_\_\_\_\_, “Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report of American Commission on Human Rights”, 1980/1981. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81eng/USA2141.htm>
- \_\_\_\_\_, “Inter-American Commission on Human Rights”, Resolução nº 23/81, Caso 2141, Estados Unidos da América, Março 6, 1981. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>
- PÉRES, Xiomara Loreno ROMERO, “La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Análisis comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano)”, em *Revista del Derecho del Estado* nº 29, jul-dez., 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2190455>
- RADAY, Frances, “Culture, Religion and Gender”, em *Oxford University Press and New York University School of Law, I. CON.*, Volume 1, N. 4, 2003. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2606788>
- SIEGEL, Reva B., “Equality and Choice: Sex Equality Perspectives on Reproductive Rights in the Work of Ruth Bader Ginsburg”, *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 25, n. 1, 2013.
- STEVENS, John Paul, “The Bill of Rights: a century of progress”, 59 *University of Chicago Law Review* 13, 1992.
- STOPLER, Gila, “A Rank Usurpation of Power – The Role of Patriarchal Religion and Culture in the Subordination of Women”, 15 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2008. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/djglp/vol15/iss1/5>.
- SUSTEIN, Cass R., “Testing Minimalism: A Reply”, 104 *Michigan Law Review* 123, 2005.
- WALTER, Christian, “The Protection of Freedom of Religion within the Institutional System on the United Nations, em “Rights in a World Diversity – the Case of Religious Freedom”, Pontifical Academy on Social Sciences, Ata 17, 2012. Disponível em: [www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta17/acta17-walter.pdf](http://www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta17/acta17-walter.pdf)
- WENZ, Peter, “*Abortion Rights as Religious Freedom*”, Philadelphia, Temple University Press, 1992.



Paúl Córdova Vinueza\* (Ecuador)

## Epistemología jurídica y resolución de garantías jurisdiccionales

### Un estudio de caso del cumplimiento de sentencias sobre reparación de derechos en la Corte Constitucional del Ecuador

#### RESUMEN

La presente investigación analiza la interacción entre los operadores de justicia de la Corte Constitucional del Ecuador y las víctimas de derechos humanos que han acudido a esa entidad para la sustanciación de una garantía jurisdiccional con el fin de recibir atención y reparación. El estudio de caso se refiere a las garantías de acción extraordinaria de protección, acción de incumplimiento y acción por incumplimiento, las cuales son desarrolladas por la Corte Constitucional y permiten estudiar el estado del cumplimiento de las decisiones judiciales. La delimitación temporal corresponde a sentencias seleccionadas en un periodo de años comprendidos entre 2015 a 2017.

**Palabras clave:** cumplimiento de sentencias, reparación de derechos, Corte Constitucional del Ecuador.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Interaktion zwischen den Akteuren des ekuatorianischen Verfassungsgerichtshofs und den Opfern von Menschenrechtsverletzungen, die sich zwecks Anerkennung ihrer verfassungsmäßigen Rechte an ihn wenden, um Gehör zu finden und Wiedergutmachungen geltend machen zu können. Die Fallstudie geht auf die Garantien der außerordentlichen Beschwerde gegen Grundrechtsverletzungen, der Umsetzungsklage und Klage auf Umsetzung und Wiedergutmachung ein, die vom Verfassungsgericht verhandelt werden und

---

\* Doctor en Jurisprudencia (UCE) y MSc de Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional (UASB-E). Docente en la Universidad Central del Ecuador.  
hpaulcordova@yahoo.es

der Kontrolle der Umsetzung von Gerichtsentscheidungen dienen. Gegenstand der Untersuchung sind ausgewählte Urteile aus den Jahren 2015 bis 2017.

**Schlagwörter:** Umsetzung von Gerichtsentscheidungen, Wiedergutmachung, ekuatorianischer Verfassungsgerichtshof.

## SUMMARY

This research analyzes the interaction between justice operators of the Constitutional Court of Ecuador and victims of human rights violations who have resorted to that court for the enforcement of a jurisdictional guarantee in order to receive attention and reparations. The case study refers to the guarantees of the Extraordinary Action for Protection (Acción Extraordinaria de Protección), Noncompliance Action (Acción de Incumplimiento) and Action for Noncompliance (Acción por Incumplimiento), which are developed by the Constitutional Court and allow one to study the state of compliance with judicial decisions. The decisions selected were issued between 2015 and 2017.

**Key words:** compliance with decisions, reparation of rights, Constitutional Court of Ecuador.

## Introducción. Planteamiento del problema

La forma de tomar decisiones judiciales, en el momento de atender a las víctimas de derechos constitucionales, está afincada en un saber jurídico que reproduce condiciones de acumulación de poder por parte del juzgador con relación a las víctimas de violaciones de los derechos, por cuanto no permite la convergencia de epistemes orientadas a la comprensión e inclusión de los otros para su atención y resarcimiento.

El presente artículo propone una renovación en las metodologías y en los relacionamientos del operador de justicia con los sujetos que han sufrido quebrantos en sus derechos, lo cual sería posible al pensar una política de diálogo e interculturalidad en las decisiones de reparación mediante la adopción de procesos conversacionales con el lenguaje de la sociedad y con las personas que han sido vulneradas en sus derechos, todo ello sumado a la participación de las ramas del poder público para una deliberación sociojurídica ampliada y sostenida.

Las preguntas que ayudaron en la formulación del problema fueron las siguientes: ¿en qué instante del proceso judicial el justiciable olvida su papel protagónico y se acoge a una voz ajena cuyo contenido se halla fuera de sí mismo? Esa voz ajena, la voz del juzgador, clausura la voluntad de ser de la persona afectada. Si la intervención del juez puede aplacar la participación del sujeto de derechos, ¿cómo podría este reencontrarse con su rol activo y recuperar su mayor apertura para transformar las contradicciones del proceso y adueñarse del curso del litigio con el fin de ser el principal custodio de su derecho quebrantado? ¿Cómo escuchan los jueces a

las víctimas? ¿Acaso es suficiente con que en la audiencia puedan intervenir la(s) víctima(s), cuando ello no garantiza que su dolor pueda ser reconocido, observado y visto?

## 1. Estrategia metodológica y plan de estudio

Para revisar el procedimiento empleado por la Corte Constitucional (CC) del Ecuador en relación con la implementación de una política constitucional de reparación en las garantías jurisdiccionales estudiadas, se formula una investigación cualitativa mediante un estudio de observación participante en el momento de la realización de las audiencias públicas de las citadas garantías, para advertir las limitaciones que se encuentran en la forma de resolverlas con respecto al derecho a la reparación integral.

Para alcanzar ese propósito se utiliza el método cualitativo por medio de la técnica de la observación participante para llevar a cabo un estudio de etnografía judicial. Por otra parte, más adelante se ha seleccionado un estudio de caso a través de la revisión de seis procesos jurisdiccionales correspondientes a las garantías mencionadas para identificar las falencias que puedan presentarse en el momento de su resolución y para establecer precedentes jurisprudenciales.

El trabajo de campo de la presente investigación fue realizado en las oficinas de Quito de la Corte Constitucional del Ecuador durante la celebración de audiencias públicas; las sentencias seleccionadas se han obtenido del sistema de datos de la Corte ecuatoriana que se encuentra publicado en su portal web institucional.

## 2. Marco teórico general de la investigación

Existen hechos u omisiones que producen afectaciones a los derechos, y a las personas que los sufrieron se les considera como víctimas. Ante ello, el trabajo de los jueces y los precedentes que genere la jurisprudencia deben estar orientados a construir un margen de reparación que considere el daño sobre el cual se debe resarcir o remediar el derecho. En tal sentido, el operador debe tener presente cómo configurar los elementos que serían fundamentales para propiciar los propósitos de reparabilidad.

Para el desarrollo de aquellos propósitos, Ghersi señala que para la configuración del daño deben existir algunos elementos tales que, para que una afectación pueda ser resarcible, debe ser cierta, personal del accionante y que de ese daño se genere una lesión a un derecho subjetivo.<sup>1</sup> La certidumbre supondría la existencia material y no conjetural, esto es, un verdadero impacto en la persona, incluso este

---

<sup>1</sup> Carlos A. Ghersi, *Accidentes de tránsito. Derechos y reparación de daños*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, p. 82.

autor menciona que debe haber un impacto en el patrimonio del otro. En cuanto a la personalización, Ghersi sugiere que el daño puede ser directo e indirecto, lo cual necesariamente supondría una demanda por el daño inferido; en cuanto a la lesión al derecho subjetivo. Este fue ampliándose hacia un interés legítimo y hacia los intereses difusos.<sup>2</sup>

La noción de reparación a las víctimas se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 63.1 cuando obliga a la Corte a que cuando decida que ha sido violado un derecho o libertad protegido por aquella, debe disponer que se garantice al lesionado el goce del mismo y a que, si resulta procedente, se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, así como el pago de una justa indemnización.

La idea de reparación está vinculada con las responsabilidades del Estado cuando este incumple la obligación de proteger la esfera de libertad resguardada por los instrumentos regionales o internacionales correspondientes, y se constituye como actor de gravísimas violaciones de los derechos humanos. Por ello, el relator especial de las Naciones Unidas, Theo van Boven, expresó que la obligación de respetar y hacer respetar los derechos humanos incluye el deber de prevenir las violaciones, investigarlas, tomar medidas apropiadas contra estas y proporcionar recursos judiciales y reparación a las víctimas. Esta comprensión sobre los alcances de la reparación lo expuso en los “Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario a obtener reparación”.<sup>3</sup>

Como puede observarse, de las disposiciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos, y en las líneas jurisprudenciales creadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, el tribunal ha enfatizado la obligación de los Estados de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y disponer la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos.<sup>4</sup> Por lo expuesto, Alejandro Geoffroy Lassalle señala que al haber asumido un Estado la obligación de garantía ante la comunidad internacional, ella se distingue del deber de respetar los derechos y las libertades consagrados en la Convención porque crea obligaciones positivas para el Estado; aquí hace referencia al Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, cuando la Corte IDH interpretó que el deber de garantía supone que los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y destaca lo siguiente:

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, 83.

<sup>3</sup> Alejandro Geoffroy, “Las reparaciones a víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos (síntesis analítica)”, en Celia Weingarten y Carlos A. Ghersi (dirs.), *Daños. Medio ambiente-salud-familia-derechos humanos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 255.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 266.

El Estado infractor debe demostrarle a las víctimas directas, a sus familiares, a la sociedad en su conjunto y a la comunidad internacional que desea prevenir futuras violaciones de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que dicho deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter administrativo, jurídico, político y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones de los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como hechos ilícitos susceptibles de acarrear sanciones para quienes los cometan, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.<sup>5</sup>

De acuerdo con los precedentes definidos por el derecho internacional de los derechos humanos, existen ciertas condiciones estatales que desarrollarían la reparación en las afectaciones de los derechos, a saber: i) ofrecer un recurso eficaz para que la violación cese en el menor tiempo posible, ii) facilitar los medios que posibiliten la reparación de los daños provocados, iii) impulsar la rehabilitación de las personas que han sido afectadas, iv) asegurar la prestación de asistencia médica y psicológica en función de su rehabilitación, v) proveer los servicios jurídicos y sociales que hagan falta para el cumplimiento de esos fines mencionados, vi) emitir una declaración oficial que reivindique la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas, vii) una solicitud de perdón y el reconocimiento público de los hechos.

Para autores como José García Falconí, la reparación está integrada por factores como i) la restitución que busca restablecer la situación previa de la víctima; ii) la indemnización que se refiere a la compensación monetaria por daños y perjuicios, donde se incluye tanto el daño material como el físico y el moral, entendiendo por este al miedo, las humillaciones, el estrés, los problemas mentales, la reputación y otros; iii) la rehabilitación, que comprendería la atención médica y psicológica.<sup>6</sup> Lo medular, en concepto de este autor, es asociar a la reparación con la posibilidad de dar una respuesta al sentir de las necesidades de las víctimas, lo cual está muy vinculado con la recuperación de la dignidad de las personas en relación con el hecho dañoso.

### **3. Estudio de etnografía judicial a los operadores de la Corte Constitucional del Ecuador y su relación con los usuarios de las garantías jurisdiccionales para la reparación de derechos**

En este apartado se presentan los hallazgos obtenidos a partir de la técnica de observación participante en las audiencias públicas realizadas en la Corte Constitucional

---

<sup>5</sup> *Idem.*

<sup>6</sup> José García, *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*, Quito, Rodín, 2010, p. 193.

sobre las garantías de acción de incumplimiento y acción por incumplimiento, respecto de los saberes jurídicos de los operadores de justicia, y la interrelación de estos con las víctimas de los derechos en las audiencias públicas, como una herramienta importante para las premisas normativas hacia la construcción dialógica de la resolución del caso, y las supuestas perspectivas de reparación en aquella. Para el desarrollo interdisciplinario de esta sección se utilizarán también los aportes teóricos de Boaventura de Sousa Santos y Michel Foucault para la interpretación del tema en análisis. Veamos.

El saber jurídico tiene una directa relación con las estructuras de poder y opera para custodiarlas. Al hacer una analogía de la teoría de la epistemología de la ceguera de Boaventura de Sousa Santos, se puede afirmar que el conocimiento jurídico de los jueces contiene estructuras imaginativas y límites de representación que contrarían las condiciones de emancipación para la protección y remediación de los derechos.

Ese conocimiento opera en la representación distorsionada de las consecuencias, y manifiesta una tensión entre las experiencias y las expectativas. La distorsión operaría por la creación sistemática de ilusiones de correspondencia, por lo que se pretende analizar los tipos de violaciones de los derechos, sus causas y sus consecuencias. Así, los operadores de la justicia constitucional no detectarían fenómenos de los actos u omisiones que violan los derechos, sino las escalas de los fenómenos.<sup>7</sup>

En el procesamiento de las garantías jurisdiccionales es importante considerar de qué manera los operadores de justicia asumen la determinación de la relevancia en el momento de dar respuesta a las eventuales afectaciones de los derechos por cuanto, como diría de Sousa Santos, “la relación de un objeto dado de análisis no reside en el objeto en sí, sino en los objetivos del análisis. Objetivos diferentes producen diferentes criterios de relevancia.”<sup>8</sup>

Desde luego, un fenómeno específico solo puede ser representado en una escala específica y la dificultad reside en que las diferencias de escala pueden ser cuantitativas y cualitativas a la hora de revisar las maneras y los efectos en que se afectan los derechos. Este autor afirma que, según el tipo de mediación que se haga, se puede distorsionar la realidad y caer en imprecisiones, dependiendo del mapa que pueda emplearse, y sostiene que:

Cada escala representa un fenómeno y distorsiona o esconde otros. Muchos de los debates en las ciencias sociales resultan de la sobreposición de los fenómenos creados y analizados en diferentes escalas. La escala es un “olvido coherente” que tiene que ser llevado a cabo coherentemente. Como mediación entre la intención y la acción, la escala se aplica también a la acción social.

---

<sup>7</sup> Diario de campo: anotaciones realizadas el día 2 de marzo de 2018, en la Audiencia Pública del caso 0022-12-IS (Acción de Incumplimiento) en la Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>8</sup> Boaventura de Sousa Santos, *Una epistemología del sur*, México, Clacso / Siglo XXI, 2009, p. 66.

[...] El poder representa la realidad física y social en una escala elegida por su capacidad de crear fenómenos que maximicen las condiciones de reproducción del poder. La distorsión y la ocultación de las realidades es, por eso, un presupuesto del ejercicio del poder.<sup>9</sup>

Existe una explicación de los saberes desde la episteme de cada individuo, la cual expresaría el dominio del saber y cómo este representa la visión teórica y práctica para la conformación del discurso. Esta teoría, desarrollada por Michel Foucault, también la ubica desde la relación entre saber e ideología y cómo el primero se convierte en práctica porque acoge un sistema de formación de sus objetos, de sus tipos de enunciaciones, de sus conceptos y de sus elecciones teóricas.<sup>10</sup>

En lugar de recorrer el eje conciencia-conocimiento-ciencia (que no puede ser liberado del índice de la subjetividad), la arqueología recorre el eje práctica discursiva-saber-ciencia. Y mientras la historia de las ideas encuentra el punto de equilibrio de su análisis en el elemento del conocimiento (hallándose así obligada, aun en contra suya, a dar con la interrogación trascendental), la arqueología encuentra el punto de equilibrio de su análisis en el saber, es decir en un dominio en que el sujeto está necesariamente situado y es dependiente, sin que pueda figurar en él jamás como titular (ya sea como actividad trascendental, o como conciencia empírica).<sup>11</sup>

Foucault pensó en la arqueología del saber para entender las condiciones de este y su epistemología como posibilidades históricas. Así, la práctica discursiva ha creado un estado de positividad que perfora y moldea los saberes.

Para el caso del saber jurídico empleado por el juez en el momento de conocer y resolver las garantías sobre conflictos de derechos, se trata de un saber que se alimenta de discursos y prácticas volátiles que utilizan ciertos mecanismos para prefigurar la realidad: escala, proyección y simbolización. Estas categorías, empleadas por Boaventura de Sousa Santos, permitirían explicar las dificultades existentes según la determinación que se emplee para dar respuesta a una demanda de protección en un derecho: una respuesta de regulación o una respuesta de emancipación frente a ese requerimiento.

Los operadores de justicia tienen dos alternativas frente a los litigios en torno a las garantías estudiadas: i) adoptar alternativas integrales para la búsqueda de soluciones dialógicas que involucren un proceso conversacional con las ramas del poder público, o ii) negar su intervención en ese tipo de litigios por alegar que la competencia reside únicamente en la implementación de políticas públicas de las ramas ejecutiva o legislativa.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>10</sup> Michel Foucault, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1979, pp. 304-7.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 307.

Aquella disquisición está situada en el centro de los saberes jurídicos que distinguen a los operadores judiciales porque pueden indagar la construcción de posibilidades que se presenten como una crítica a la homogeneidad científica del derecho. Por ello, este debate supone revisar las epistemes que sustentan el conocimiento del juez en el momento de la toma de decisiones, en tanto que puede estar impedido de propiciar rupturas paradigmáticas en el momento de resolver y reparar sobre garantías de derechos constitucionales.<sup>12</sup>

El tema para el análisis reside en cuestionar cuál es la metodología que emplean los operadores de justicia constitucional cuando deben argumentar y decidir sobre los derechos de los ciudadanos. Una tendencia recurrente de los juzgadores consiste en interpretar la realidad y los problemas iusfundamentales; sin embargo, ello significaría reproducir las perspectivas individuales de quienes deciden, sin dejar que las personas directamente involucradas en sus derechos puedan ser parte de la decisión judicial.<sup>13</sup> Entonces, pensar la epistemología de los jueces sobre sus resoluciones supone indagar: ¿por qué no permiten los operadores judiciales que sean los sujetos procesales quienes discutan y participen de la decisión iusfundamental, en lugar de que sean los jueces los únicos sujetos procesales tendientes a dirimir las diferencias constitucionales?

Las decisiones de los jueces se condensan en cómo ellos pueden presuponer que un derecho puede ser afectado. De esta manera, la forma de sustanciar de los jueces en la administración de justicia constitucional utiliza conceptos y categorías donde la autoridad judicial *habla, siente y soluciona* en nombre de los *otros*, sin permitir que estos puedan directamente remediar y reparar su derecho violentado por otros sujetos, sino que los sitúa como meros receptores de una determinación final.<sup>14</sup> Así, la intervención judicial funcionaliza los medios para una continua producción de toma de decisiones en repertorios excluyentes, donde se apodera de los elementos materiales que permitirían la búsqueda de alternativas dialógicas con las víctimas de los derechos, y crea una reproducción de precedentes que constituyen un sistema hermético y cerrado a las formas dialógicas con la ciudadanía.

El razonamiento judicial ignora una epistemología inclusiva: toda acción humana, en pleno uso de sus derechos y garantías, se produce y se explica a partir de la relación específica de cómo los individuos que intervienen en ella responden a una particular situación que supone un tipo de protección o reparación diferenciada. La palabra del juez lo invade todo porque lo necesita todo, y expande un razonamiento que empieza y se agota en el operador judicial en el momento de adoptar la última palabra. El administrador de justicia detenta un *conocimiento conocido* que

---

<sup>12</sup> Diario de campo: anotaciones realizadas el día 2 de marzo de 2018, en la Audiencia Pública del caso 0022-12-IS (Acción de Incumplimiento) en la CC del Ecuador.

<sup>13</sup> Diario de campo: anotaciones realizadas el día 26 de febrero de 2018, en la Audiencia Pública del caso 0041-17-AN (Acción por Incumplimiento) en la CC del Ecuador.

<sup>14</sup> Diario de campo: anotaciones realizadas el día 28 de febrero de 2018, en la Audiencia Pública del caso 0056-17-IS (Acción de Incumplimiento) en la CC del Ecuador.



considera tener todos los medios adecuados para entender y concebir una forma de comprender los problemas en torno a los derechos y, de esa forma, anula gradualmente las posibilidades de un pleno uso de la conciencia universal para entender las dimensiones concretas de cada derecho.

La palabra final del juez vive en el expediente, en su pensamiento escrito, donde se simula escuchar a los afectados para, finalmente, interpretarlos con el propósito de conocer su dolencia. Empero, la intervención del operador tiene como finalidad moldear y domesticar el sentir de las víctimas. Las personas que concurren a la Corte Constitucional se presentan para impedir que sean olvidadas. Así, al converger con la presentación de una garantía, hacen recordar al juez, desde allí, su existencia. Por ello, la argumentación resolutoria debe habitar su dolor para mirar en esas personas la última palabra institucional.<sup>15</sup>

Las afectaciones a los derechos que esperan un remedio constitucional convocan al sistema desde aquella realidad que está fuera de la previsión judicial, puesto que son situaciones en las que debe inspeccionar el juzgador para que los justiciables sobrevivan en cada práctica judicial, y allí cobren su vida; no se trata de que los episodios de sufrimiento se constituyan en un paréntesis dentro del extenso monólogo judicial que se rompe al no dar la voz directa y sostenida a los oprimidos en sus derechos.

Cuando los sujetos de derecho no se sienten incorporados en la decisión de la justicia constitucional, esta se vuelve limitada y la ambigüedad de sus propósitos genera desconfianza. De ahí que la jurisdicción constitucional puede concebirse como imposición, como una irrupción, como un poder no legitimado. Por tanto, en la medida en que se logre que las decisiones más relevantes en torno a la reparación de derechos se tomen colectivamente mediante prácticas institucionalizadas que ayuden a debatir y pensar a los jueces, la jurisdicción constitucional no quedará confinada a un poder artificial de intereses y proyectos caracterizados por la opacidad frente a la discusión pública. Se trata, pues, de no mantener a los jueces constitucionales como una élite que actúa herméticamente con respecto al debate democrático con las personas justiciables.

La judicatura constitucional es un registro de memoria y de identidad sobre el abatimiento de las personas que sufrieron sus derechos. Por ello, al mismo tiempo, expresan si existe o no una vertiente democrática en el saber judicial: si es que es capaz de dar cabida a un intercambio entre el juzgador y la víctima de un derecho para procurar la conexión de los saberes de ambos actores hacia construir una conciencia verdadera ante los posibles escenarios de resarcimiento en el derecho vulnerado y dotar de sentido de justicia a las profundas distorsiones que provoca el abuso hacia un principio iusfundamental.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Diario de campo: anotaciones realizadas el día 1 de marzo de 2018, en la Audiencia Pública del caso 0040-17-IS (Acción de Incumplimiento) en la CC del Ecuador.

<sup>16</sup> *Ibid.*

La inquietud gravitante gira alrededor de cómo articular entre sí los saberes del juez y de la víctima. Aquello situaría la discusión desde cuestionar la vigencia de un paradigma jurídico hegemónico, que se niega a admitir su crisis y disfunciones en su estructura lógico-formal de múltiples formas institucionalizadas, y lo hace, precisamente, para no perder su hegemonía. Como afirma Wolkmer:

El proyecto jurídico positivista, descartando los análisis de dominio de la práctica política y de las relaciones sociales, se encerró en posiciones meramente descriptivo-abstractas y en metodologías lógicas basadas en procedimientos lógico-lingüísticos. Eso significa que, por más que la dogmática jurídica estatal se revele, teóricamente, resguardada por la aureola de su base científica, su competencia, solidez y seguridad, sin embargo en la práctica se intensifica la gradual pérdida de su funcionalidad y de su eficacia. Por esa razón se presenta la inevitable crisis de ese modelo de legalidad. Por así decirlo, la crisis del monismo jurídico estatal viene reflejando el constante “[...] divorcio entre las estructuras socioeconómicas y las instituciones jurídico-políticas”.<sup>17</sup>

Wolkmer explica que la formalización de la dogmática jurídica, como resultado de datos lógicos y padrones de control jerarquizados inmunes a proposiciones y a juicios axiológicos, reduce el derecho al orden vigente. Por ello, “la instrumentación del derecho en cuanto técnica coactiva marcada por la sanción organizada, reposa en la autoridad estatal y en los mecanismos formales que diluyen los influjos condicionantes de las formas ideológicas”.<sup>18</sup>

Si se asume que la validez y eficacia del ordenamiento jurídico se basaría en la positividad creada y sustentada por el Estado, es preciso preguntar: ¿puede el juez deconstruir su decisión a partir de revisar los cimientos de la estatalidad, la unidad, la positividad y la racionalidad que devienen en un monismo jurídico que sustenta sus definiciones?

La presente contribución pretende decir que sí se puede y ensaya algunas variaciones a partir de ese señalamiento. Veamos. Es vital promover el engranaje de las voces del juez y de la víctima en la perspectiva de crear una racionalidad de intercambio de saberes para un desarrollo argumentativo que ponga de manifiesto la interacción para la búsqueda de los acuerdos reparatorios –en la perspectiva de superar la rigidez jerárquica–. Se trata, pues, de acercar los modos de vida de los sujetos procesales, sin que ellos se vean sometidos estrechamente a una visión de la estatalidad, la organización burocrática y el formalismo legal –como elementos que jerarquizan el saber jurídico–, sino que procesen y fomenten una racionalidad

---

<sup>17</sup> Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, MAD, 2006, p. 66.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 69.

material, donde los procedimientos técnico-formales no se conviertan en barreras que establecen que aquellos engranajes se superpongan.<sup>19</sup>

#### **4. Estudio cualitativo de selección de casos para examinar la reparación en las garantías jurisdiccionales de competencia de la Corte Constitucional**

Para la investigación cualitativa fueron seleccionados tres casos correspondientes a la garantía de acción de incumplimiento y tres casos correspondientes a la acción extraordinaria de protección para la recolección y el procesamiento de resoluciones con la finalidad de definir variables que serán establecidas en función de parámetros generales de las dimensiones de la reparación, y para establecer el tipo de reparación que ofrece la resolución de la garantía jurisdiccional seleccionada.

Los casos de acción de incumplimiento corresponden a: 056-15-SIS-CC, caso 0072-12-IS, de 9 de septiembre de 2015; 014-14-SIS-CC, caso 0071-10-IS, de 7 de mayo de 2014; 024-14-SIS-CC, caso 0023-12-IS, de 22 de octubre de 2014. Los casos del segundo grupo de garantías son: 021-16-SIS-CC, caso 0016-15-IS; 009-09-SIS-CC, caso 013-09-IS; 04-14-SAN-CC, caso 0071-10-AN.

Las variables permitirán precisar interpretaciones sobre las características de la reparación en las garantías estudiadas, y ayudarán a observar los grados de covariación existentes según las dimensiones empleadas de la reparación que han sido determinadas en la jurisprudencia de la Corte IDH. Las categorías que se utilizarán para el análisis cualitativo serán las siguientes:

- a) El derecho invocado y la violación señalada.
- b) El tipo de daño anunciado por la víctima: perjuicios materiales, daño al patrimonio familiar, daño al proyecto de vida, perjuicio moral o daño inmaterial.
- c) La valoración de la prueba para la determinación del derecho violado.
- d) La petición de la prueba por parte de la víctima para demostrar el tipo de reparación que se necesita.
- e) La petición formulada por la víctima al juzgador sobre un tipo de reparación (en caso de existir, a pesar de que el juez debe hacerlo sin que lo solicite la víctima).
- f) La valoración de la prueba.
- g) La argumentación y motivación utilizada en relación con el desarrollo de un diálogo entre el juzgador y la víctima para la interpretación del derecho y sus prolegómenos.

---

<sup>19</sup> Diario de campo: anotaciones realizadas el día 28 de febrero de 2018, en la Audiencia Pública del caso 0056-17-IS (Acción de Incumplimiento) en la CC del Ecuador.

- h) La argumentación y motivación utilizada en relación con el desarrollo de un diálogo entre el juzgador y la víctima para la reparación del derecho y sus dificultades procesales.
- i) El contenido de la resolución en la perspectiva de la reparación y el cumplimiento de una o de todas las dimensiones de la reparación.
- j) El nivel de eficacia y efectividad de cumplimiento de los estándares interamericanos sobre el derecho invocado y el tipo de reparación previsto por el *ius commune* interamericano.
- k) El tiempo empleado para la resolución y si esta consideró una referencia a la reparación en atención al tiempo transcurrido para el arreglo de la causa.

A partir del estudio de estas categorías en el análisis cualitativo se pueden inferir las siguientes premisas provisionales:

1. El diálogo intercultural entre la víctima y el juzgador para la protección y reparación del derecho tiene serias restricciones debido a que en el caso de la acción de incumplimiento, cuando se trata de la ejecución de las acciones de reparación integral, cuando el responsable de hacerlo sea una autoridad pública para la reparación material, se debe iniciar un proceso contencioso administrativo, que si bien no tiene las mismas particularidades que un juicio completo, mantiene el tiempo de espera de atención de la víctima y prolonga la decisión para la cuantificación del valor económico indemnizatorio.
2. Los elementos procesales para el desarrollo del diálogo reparador entre los sujetos que intervienen en el proceso no contienen estándares unificados en las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador para definir las condiciones de cómo pedir el tipo de reparación y cómo se puede aportar a la realización de las pruebas para ella.
3. Las cuestiones fácticas y jurídicas para el impulso del diálogo interjurisdiccional entre el juzgador local y la jurisprudencia interamericana no se encuentran definidas en líneas jurisprudenciales del máximo tribunal local de manera estandarizada.
4. La promoción de un diálogo interinstitucional para la implementación de una política constitucional de reparación entre el juzgador doméstico y las ramas del poder público no ha sido plenamente desarrollada en los precedentes jurisprudenciales de la máxima corte nacional.

## Conclusiones provisionarias

La maquinaria de la jurisdicción constitucional debería tener como propósito la posibilidad de engranar los discursos de las víctimas de derechos como prácticas que devienen en proyectos de remediación y en relacionamientos de comprensión. El

accionar de la judicatura constitucional debe pasar de ser un dispositivo de suplantaciones hacia interacciones coordinadas y armónicas para los sentidos del diálogo reparador. Dentro de los confines de este diálogo se suscitaría la incorporación y el restablecimiento de la(s) víctima(s) para no forzar la resolución a una mera observación, sino a una transformación en plenitud de la situación de quebrantamiento que se pretende renovar.

Consiguientemente, la resolución del juez refleja lo que la racionalidad argumentativa de este ha aprendido a contener. Las audiencias de las garantías jurisdiccionales sujetas a conocimiento del organismo de control constitucional son un territorio de imágenes y movimientos, los cuales se convierten en el repertorio que es aprendido por el juzgador para usarlo como fórmula que proyecta un arte para ocultar los dolores y las angustias de los oprimidos.

Quizá los excluidos en sus derechos aprenden a callar sus opiniones, a riesgo de parecer incultas o con falta de preparación; se vuelven hábiles para aletargar su energía y mostrarse como espectadores, al punto de llegar, objetivamente, a serlo. ¿En dónde termina el esfuerzo de los sujetos de derechos y empieza la participación judicial? La voz de las víctimas podría verse como un símbolo del aprendizaje por defender sus derechos: defender su último derecho, el de ser escuchados, y atesorarlo como un intersticio que servirá de garantía de su dignidad.

La inclusión de los oprimidos y los excluidos de sus derechos en el proceso judicial y su determinación última es necesaria, pero no se da entre iguales. Ellos pueden ser transmisores de su aflicción; empero, son instrumentos de la administración de justicia que educan su intervención en la causa judicial según códigos dominantes. Toda intervención no autorizada de la víctima se convierte por sí sola en una ofensa; por ende, sobreviene lo que puede mirarse como una condena inicial: mantenerse en el estado inferior de la garantía.

La audiencia en el proceso de sustanciación de la garantía jurisdiccional puede dar voz al justiciable, pero aquello no exime que su sentir pueda ser ocultado e ignorado, porque las variantes procedimentales no brindan la oportunidad inclusiva de que el oprimido pueda darse a conocer y ser aceptado como sujeto fundante de la decisión reparatoria, porque durante la sustanciación no se le conceden las alternativas para dejar de ser dominado por el sistema de administración de justicia.

La víctima quiere ser reconocida para ser tomada en cuenta en *su* proceso de reparación, en el proceso de acceso a la recuperación de *su* proyecto de vida, pese a que en este ámbito lo que se hace es someter el sufrimiento de una persona a la voz del Estado. Aunque las garantías jurisdiccionales pretenden darles pertenencia a los afectados en sus derechos frente a su remediación, los procesos en curso introducen una evidente fractura: entre el sentido de lo que se pretende sanar y la experiencia que supone vivir la violación de un derecho. La pertenencia a un proceso de verificación de si se cometió o no la violación conlleva acrecentar la presión de esa fractura. Hay que advertir que en el litigio para el reconocimiento de un derecho roto se manifiesta la estructura del Estado, de la ley, de la dominación y de la lucha

contra ella, donde el afectado es un desconocido que se encuentra solo, que debe enfrentar tanto al aparato estatal como a la maquinaria de la jurisdicción estatal, y hasta en condiciones de silencio y oscuridad cuando ha sido la institucionalidad la generadora del acto o la omisión que diluyó la vigencia de un derecho.

¿Es viable evaluar en su justa dimensión los momentos del proceso de las garantías jurisdiccionales y sus alcances en la proporción de que existe una forma de sometimiento para que la persona pueda ser aceptada en la pertenencia a ese proceso? En la medida en que los procedimientos empleados para atender a las garantías jurisdiccionales puedan concebirse como los ámbitos donde *los otros* puedan hablar, y se multipliquen las posibilidades para hacerlo, donde la administración de justicia constitucional no produzca una promoción restrictiva de identidades en torno a los sujetos y *sus* derechos, sino hacia la proliferación de múltiples entendimientos para el advenimiento de un mundo normativo en común que logre intercambiar saberes jurídicos para asumir los riesgos y las responsabilidades que implican el ejercicio de cualquier derecho, se lograría que las políticas de reparación que surjan de las garantías puedan generar condiciones para el acceso a los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Consiguientemente, los procedimientos deben ser herramientas que provoquen pluralidad, voces múltiples que expresan una heterogeneidad irreductible para entender los derechos desde discursos sin exclusiones que afiancen una racionalidad cooperativa en la siguiente premisa: juntar el saber que el juez y la víctima adquieren de sí mismos en la perspectiva de ser un saber que coincida con el reconocimiento de sus intereses materiales y subjetivos. El desafío radica en que ambos puedan autopoisionarse hacia seguir una evolución continua de sus saberes.

El enfoque es trazar un diálogo de intercambio de posiciones jurídicas y fácticas para concebir una racionalidad de reparación de la subjetividad o del sujeto. Así, lo que se buscaría es una comprensión distinta de la formación de los saberes con la profundización de reflexiones mutuas que acogen observaciones compartidas de los hechos en cuestión. Esta tarea consiste en promover visiones que se crean desde dinámicas que no se encuentran jerarquizadas porque aquello supondría mantener relaciones desiguales y de dominio.

No se trata de reposicionar dos extremos caracterizados por la acumulación y la explotación del saber jurídico: el juez en el centro y la víctima en el margen. La justicia constitucional no puede celebrar su funcionamiento a partir de organizar el enfrentamiento de una parte contra la otra, hasta llegar a ser instrumentos rivales, sino desde dos sujetos que rechazan la colonización en la formación del diálogo y se sirven de un proyecto conversacional y de metodologías distintas para el reconocimiento de configuraciones concretas para hacer justicia en el derecho sufrido.

## Bibliografía

- CÓRDOVA VINUEZA, Paúl, Diario de campo, correspondiente a meses de febrero y marzo de 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.
- \_\_\_\_\_, *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- \_\_\_\_\_, “Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2016*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2016.
- \_\_\_\_\_, *¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales de Paúl Córdova Vinueza con Ramiro Ávila Santamaría, Eduardo Barbarosch, Jorge O. Bercholz, Andrés Botero Bernal, Fabián Corral Burbano de Lara, Francisco Javier de Lucas Martín, Carlos Echeverry Restrepo, Raúl Gustavo Ferreyra, et al.*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia 04-14-SAN-CC, caso 0071-10-AN, de 6 de septiembre de 2016.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 056-15-SIS-CC, caso 0072-12-IS, de 9 de septiembre de 2015.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 021-16-SIS-CC, caso 0016-15-IS, de 13 de junio de 2015.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 009-09-SIS-CC, caso 013-09-IS, de 2 de mayo de 2015.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 024-14-SIS-CC, caso 0023-12-IS, de 22 de octubre de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sentencia 014-14-SIS-CC, caso 0071-10-IS, de 7 de mayo de 2014.
- COURTIS, Christian, “Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social”, en Miguel CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Una epistemología del sur*, México, Clacso / Siglo XXI, 2009.
- EPP, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1979.
- GARCÍA FALCONÍ, José, *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*, Quito, Rodín, 2010.
- GEOFFROY LASSALLE, Alejandro, “Las reparaciones a víctimas de violaciones flagrantes a los derechos humanos (síntesis analítica)”, en Celia WEINGARTEN y Carlos A. GHERSI (dirs.), *Daños. Medio ambiente-salud-familia-derechos humanos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- GHERSI, Carlos A., *Accidentes de tránsito. Derechos y reparación de daños*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998.

- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Trotta, 2010.
- \_\_\_\_\_, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Madrid, Paidós, 1999.
- PROVESAN, Flávia, “Protección de los derechos sociales en el ámbito internacional”, en Griselda CAPALDO, Jan SIECKMANN y Laura CLÉRICO (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba / Universidad de Buenos Aires, 2012.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- STORINI, Claudia, “Epílogo. La interpretación dialógica”, en Paúl CÓRDOVA, *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.



**Carlos Ramón Salcedo Camacho\* (República Dominicana)**

## **Incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional en la República Dominicana. Retos y soluciones**

### **RESUMEN**

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana es competente para dirimir las dificultades resultantes de la ejecución de sus decisiones, conforme lo disponen los artículos 9 y 50 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. El cumplimiento de una sentencia forma parte de la serie de garantías a la tutela judicial efectiva. Por el contrario, su transgresión acarrea una vulneración a la Constitución misma. La superación de los obstáculos derivados del incumplimiento de sus sentencias constituye para el Tribunal Constitucional un desafío para proteger y garantizar eficazmente los derechos fundamentales en juego.

**Palabras clave:** ejecución de decisiones constitucionales, Corte Constitucional, derechos fundamentales.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Das Verfassungsgericht der Dominikanischen Republik ist nach den Bestimmungen der Artikel 9 und 50 des Verfassungsgerichts- und Verfassungsgerichtsverfahrensgesetzes Nr. 137-11 für die Klärung der Schwierigkeiten zuständig, die sich bei der Umsetzung seiner Entscheidungen ergeben. Die Urteilsumsetzung ist Bestandteil der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes, ihre Missachtung kommt daher einer Verletzung der Verfassung gleich. Die Beseitigung der Hindernisse, die sich aus der fehlenden Umsetzung seiner Urteile ergeben, stellen das Verfassungsgericht daher vor große Herausforderungen, wenn es um die Wirksamkeit des Schutzes und die Gewährleistung der entsprechenden Grundrechte geht.

---

\* Abogado, especialista en derecho constitucional, derechos fundamentales y libertades públicas, argumentación jurídica, derecho societario y comercial, y derecho del trabajo y de la seguridad social. Dirige la firma de abogados y consultores Salcedo & Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com

**Schlagwörter:** Umsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Verfassungsgericht, Grundrechte.

## SUMMARY

The Constitutional Court of the Dominican Republic has jurisdiction to resolve problems resulting from the execution of its decisions, in accordance with Articles 9 and 50 of Law 137-11, the Organic Law of the Constitutional Court and Constitutional Procedures. Compliance with a decision forms part of the series of guarantees of effective judicial protection. Conversely, its transgression entails a violation of the Constitution itself. Overcoming the obstacles derived from noncompliance with its decisions constitutes a challenge for the Constitutional Court in effectively protecting and guaranteeing the fundamental rights at stake.

**Key words :** Execution of constitutional decisions, constitutional court, fundamental rights.

## Introducción

La jurisdicción constitucional especializada nace en el ordenamiento jurídico dominicano con la reforma constitucional del 26 de enero de 2010. Desde entonces, la Constitución de la República le atribuye al Tribunal Constitucional las potestades de garantizar la “supremacía constitucional, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales”<sup>1</sup>

Desde su puesta en funcionamiento en el año 2012, hasta abril de 2018, el Tribunal Constitucional ha emitido 3.089 sentencias, decisiones jurisdiccionales que están revestidas del carácter de *definitivas e irrevocables*, de conformidad con lo consagrado por el artículo 184 de la Constitución vigente.

En su tarea encomiable de “órgano supremo de interpretación y control de constitucionalidad”, las decisiones que emanan del Tribunal Constitucional “constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”, según lo dispone el referido texto constitucional.

No obstante la vinculatoriedad de dichas sentencias para los actores e instituciones estatales, el escenario de ejecución de las sentencias constitucionales se ha visto comprometido ante casos particulares de incumplimiento. Algunos de estos han sido de conocimiento público, dado que son órganos del Estado dominicano los que han incurrido en los actos de desobediencia a los mandatos jurisdiccionales del órgano constitucional.

En efecto, a través de las publicaciones en la prensa escrita y digital se ha denunciado el incumplimiento de sentencias constitucionales por parte de órganos

---

<sup>1</sup> Constitución de la República Dominicana del 13 de junio de 2015, *Gaceta Oficial*, núm. 10805, artículo 184.

estatales como el Ministerio de Defensa, la Armada Dominicana, el Ministerio de Hacienda, la Procuraduría General de la República y otras instituciones estatales que son sujetos obligados de las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional.

Así, en la publicación del 27 de junio de 2016 del *Diario Libre*, uno de los de mayor penetración y circulación nacional, aparece un artículo donde se destaca que las instituciones del Estado no acatan sentencias del Tribunal Constitucional.<sup>2</sup>

De igual forma, en un artículo de opinión aparecido en el diario *Hoy*, del 18 de abril de 2013, el jurista dominicano Eduardo Jorge Prats, al plantear algunas de las deficiencias del Estado de derecho en la República Dominicana, cita el incumplimiento de las decisiones jurisdiccionales dictadas por tribunales competentes. Ante la problemática particular de la inejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, Prats sugiere la creación de una oficina de seguimiento y vigilancia de la efectividad de las sentencias constitucionales.<sup>3</sup>

Asimismo, en el *Listín Diario* del 26 de enero de 2017 se lee un texto referente al incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional, donde se destaca el comentario del presidente del Tribunal Constitucional dominicano, doctor Milton Ray Guevara, quien sugiere al legislador la adopción de figuras jurídicas como el desacato a los fallos judiciales y constitucionales, a fin de fortalecer la garantía de la ejecución de las sentencias.<sup>4</sup> Esto, a propósito de los casos de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que no han tenido un cabal cumplimiento o ejecución, situación que constituye una vulneración al orden constitucional, toda vez que “la jurisprudencia constitucional equivale a la Constitución misma”.<sup>5</sup>

Por otra parte, en un artículo de opinión del 26 de febrero de 2017, el magistrado Rafael Ciprián se hace eco del desacato de las sentencias constitucionales por autoridades estatales y manifiesta la imperiosa necesidad del Tribunal Constitucional de tomar medidas y establecer criterios para resguardar el cumplimiento de sus sentencias.<sup>6</sup>

Del incumplimiento de sentencias constitucionales se derivan consecuencias que afectan de manera sustancial los principios constitucionales de seguridad jurídica,

---

<sup>2</sup> Cfr. Hogla Pérez, “Instituciones del Estado no acatan sentencias del Tribunal Constitucional”, *Diario Libre*, 27 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.diariolibre.com/noticias/justicia/instituciones-del-estado-no-acatan-sentencias-del-tribunal-constitucional-DY4155849>.

<sup>3</sup> Cfr. Eduardo Jorge Prats, “Hacer ejecutar lo juzgado”, *Hoy*, 18 de abril de 2013. Disponible en: <http://hoy.com.do/hacer-ejecutar-lo-juzgado>.

<sup>4</sup> Cfr. Wanda Pérez, “El presidente de TC propone crear la figura del desacato a fallos judiciales”, *Listín Diario*, 26 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.listindiario.com/la-republica/2017/01/26/451814/el-presidente-de-tc-propone-crear-la-figura-del-desacato-a-fallos-judiciales>.

<sup>5</sup> Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius Novum, 2010, p. 371.

<sup>6</sup> Cfr. Rafael Ciprián, “Quintaesencia: TC, desacato y astreinte”, *El Nacional*, 26 de febrero de 2017. Disponible en: <http://elnacional.com.do/quintaesencia-tc-desacato-y-astreinte/>.

tutela judicial efectiva, debido proceso y efectividad del derecho fundamental contenido en la decisión de la jurisdicción constitucional. En adición, el incumplimiento de una sentencia constitucional acarrea, por igual, la violación del mandato de la autoridad jurisdiccional del Tribunal Constitucional que quedó consagrada en el artículo 184 de la Constitución de la República.

Precisamente, en los próximos apartes abordaré con mayor profundidad el incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional por funcionarios y órganos estatales, e indicaré factores que, en mi opinión, ocasionan el incumplimiento de la ejecución y las consecuencias que genera. Igualmente, analizaré la posición del propio órgano jurisdiccional constitucional ante el desacato de sus decisiones y, finalmente, las posibles soluciones para dicha problemática.

## **1. El incumplimiento de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional de República Dominicana**

El escenario de incumplimiento de sentencias constitucionales por los actores y órganos estatales dominicanos constituye una problemática para el orden constitucional en general, dadas las violaciones en que se incurren en el plano de las garantías debidas por el Estado a las personas titulares de los derechos fundamentales.

Así, pues, abordar la inexecución implica referirse a los motivos y las consecuencias que acarrea el incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional dominicano, como veremos.

### **1.1. Motivos de la inexecución de las sentencias constitucionales por actores y órganos estatales dominicanos**

Identificar las razones de la inexecución de las sentencias constitucionales por parte de actores y órganos estatales dominicanos requiere el análisis de algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional incumplidas y que han sido de conocimiento público, advirtiendo que las causales y los motivos del incumplimiento son diversos y pueden confluír todos a la vez.

En primer lugar, se trata del no sometimiento del órgano o la autoridad estatal al mandato de la sentencia constitucional por una decisión voluntarista de estos, cuya causal se aprecia en cada caso en concreto, como se verá más adelante. En segundo lugar, concurre en ello la exigüidad del texto de ley referente a las facultades del juez para garantizar la ejecución de la sentencia que dicta. Y, en tercer lugar, la falta de seguimiento del órgano decisor constitucional una vez dictadas las sentencias contribuye a dicho estado de cosas.

De estas tres causales, la segunda amerita mayor atención, pues si hay un incumplimiento de las sentencias constitucionales es porque los sujetos obligados, en el caso particular de los actores y órganos estatales, han transgredido el mandato del

órgano jurisdiccional, y si estos han desacatado una sentencia de la naturaleza de una decisión del Tribunal Constitucional, donde entran en juego los derechos fundamentales, entonces existe una falta o una falla en los mecanismos para garantizar el cumplimiento o la ejecución de la decisión.

La falla a la que me refiero consiste en la carencia del texto de ley referente a los poderes del juez para asegurar la ejecución de la sentencia. En concreto, la ausencia de normas que faculten al juez a tomar medidas distintas a la de la astreinte, que constriñan al sujeto obligado a cumplir con lo ordenado, es lo que permite, contribuye y estimula el quebrantamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional.

Primero, veremos en detalle una de las causales de incumplimiento, consistente en la decisión voluntarista de los actores y órganos estatales dominicanos, esto es, cuando la ejecución de una decisión está sujeta a la voluntad unilateral del actor estatal. A propósito, se cuestiona si el motivo de esta causal de desacato se debe a incidentes en la ejecución, ya sea por una cuestión fáctica, material, presupuestaria o de planificación, que justifique su incumplimiento, o si prevalece aquí una cultura de desobediencia sin causa alguna por parte de los actores estatales respecto a las decisiones de un órgano jurisdiccional, no necesariamente porque desconozcan deliberadamente la autoridad del órgano, sino que, aun aceptándola o acatándola, sus decisiones no son ejecutadas o cumplidas porque no hay una conciencia jurídico-institucional de la dimensión y los efectos de una sentencia constitucional.

Veamos, entonces, en detalle algunas decisiones que han sido manifiestamente incumplidas por actores estatales dominicanos:

### 1.1.1. *Sentencia TC-71/2013*<sup>7</sup>

Esta decisión está referida a un recurso de revisión de una decisión jurisdiccional cuyos derechos fundamentales en cuestión son: la violación del derecho al libre tránsito, al trabajo y a la educación. En su sentencia, el Tribunal Constitucional ordena al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), como uno de los sujetos solidariamente obligados, acoger y aplicar el informe técnico de la Dirección General de Tránsito Terrestre para que en un plazo de 30 días hábiles inicie los trabajos de habilitación de un cruce peatonal que había sido bloqueado como consecuencia de la construcción de la Autovía del Este, dejando a los pobladores del sector sin posibilidad “de acceder de manera lógica y natural a sus escuelas y centros de trabajo, obligándoseles a recorrer, innecesariamente, entre diez (10) y catorce (14) kilómetros”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-71/2013, de 7 de mayo de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco07113/>.

<sup>8</sup> *Idem*.

La decisión no fue ejecutada por el órgano estatal, aun cuando el Tribunal Constitucional lo condenó a una astreinte –por su efecto conminatorio– y le otorgó un plazo para el cumplimiento de lo ordenado. La imposición de la astreinte y del plazo de cumplimiento se aprecia en el dispositivo de la sentencia del Tribunal Constitucional dominicano TC-71/2013, en específico en los ordinales séptimo y octavo, los cuales establecen:

Séptimo: otorgar al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) y a la sociedad Concesionaria Dominicana de Autopistas y Carreteras, S.A. (Codacsa), un plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, para que inicien los trabajos de restablecimiento del acceso a la referida comunidad, los cuales deberán concluirse en un plazo no mayor de tres (3) meses a partir del vencimiento del indicado plazo; Octavo: fijar solidariamente un astreinte (sic) de quince mil pesos con 00/100 (RD\$15,000.00) el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) y a la sociedad Concesionaria Dominicana de Autopistas y Carreteras, S.A. (Codacsa), por cada día de retardo en la ejecución de la presente sentencia, y liquidarlo a favor de la Defensa Civil de San Pedro de Macorís.

No obstante lo anterior, prevalece la falta de compromiso institucional por parte del órgano obligado, lo que se traduce en un manifiesto desacato contra el mandato constitucional, toda vez que no hay motivo justificable para el incumplimiento. Todo lo contrario, hay un informe técnico de la Dirección General de Tránsito Terrestre que determina la viabilidad de la habilitación del cruce peatonal, descartando como alegato la imposibilidad material.<sup>9</sup>

Asimismo, el plazo dado por el tribunal para la ejecución de lo ordenado fue razonable, pero no hay indicios de una intención de cumplimiento, pues un asunto es iniciar los trabajos posteriormente al plazo establecido, y otro es nunca haberlos iniciado. Más aún, si se ejecuta la sentencia con posterioridad al plazo de cumplimiento establecido, estas “dilaciones [...] pueden producir los mismos efectos que la falta de ejecución”.<sup>10</sup> Esto significa que hay incumplimiento, a pesar de ejecutarse después del plazo de cumplimiento establecido.

---

<sup>9</sup> El ordinal sexto de la sentencia TC71/2013 dispone: “Ordenar al Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC) y a la sociedad Concesionaria Dominicana de Autopistas y Carreteras, S.A. (Codacsa), acoger y aplicar el informe técnico presentado por la Dirección General de Tránsito Terrestre en fecha veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011), y, por tanto, viabilizar a los moradores del sector Los Solares, municipio Guayacanes, provincia San Pedro de Macorís, el ejercicio libre del derecho a transitar y a entrar y salir con la debida facilidad a su comunidad”.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Resolución TC-001/2018 de 5 de marzo de 2018. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15308/tc-0001-18-resolucion-uses.pdf>

### 1.1.2. *Sentencia TC-0367/14*<sup>11</sup>

Esta decisión trata sobre el recurso de revisión contra la Sentencia 236-2013 de la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo. En la especie se procedió al retiro de un capitán de navío de la Armada Dominicana, vulnerándose sus derechos fundamentales ante la negativa de la referida entidad de entregarle el expediente. En efecto, el referido retiro fue realizado en violación de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. El Tribunal Constitucional ordenó el reintegro del accionante a la institución en aplicación del artículo 253 de la Constitución de la República Dominicana.

Resulta, pues, que la decisión del órgano jurisdiccional constitucional no ha sido cumplida por la Armada Dominicana, por lo que el excapitán de navío ha quedado desvinculado de la institución bajo la causal de retiro. A pesar de que el Tribunal Constitucional impuso una astreinte como mecanismo coercitivo, el órgano estatal no se sometió a la decisión del órgano decisor. En esta ocasión, no existe justificación alguna de imposibilidad que dificulte la ejecución de la sentencia por parte del órgano estatal, dejando entrever que más bien se resiste a que sus actuaciones sean controladas por un órgano jurisdiccional, como el Tribunal Constitucional.

Cabe destacar, incluso, que se ha tenido conocimiento del incumplimiento de esta sentencia por una publicación en un diario digital y no porque el Tribunal Constitucional lo haya sabido directamente como resultado de un control o seguimiento de su parte.<sup>12</sup>

### 1.1.3. *Sentencia TC-193/14*<sup>13</sup>

Esta decisión versa sobre el recurso de revisión contra la Sentencia 191 de 2013, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo. Este caso se contrae al pago por parte del Ministerio de Hacienda de una deuda de RD\$130.711.666,70 por declaratoria de utilidad pública e interés social de varios bienes inmuebles propiedad de particulares. El Tribunal Constitucional ordenó al Ministerio de Hacienda que incluyera en la partida del Presupuesto General del Estado del año 2015, debidamente aprobado por el Congreso Nacional, el pago de la suma de RD\$130.711.666,70.

En la especie, el Tribunal Constitucional impuso el pago de una astreinte por su efecto conminatorio para la ejecución de la sentencia. Sin embargo, el Ministerio de Hacienda ha hecho caso omiso al mandato del órgano decisor. En lo que respecta al motivo del incumplimiento de la sentencia constitucional, el órgano estatal tiene

---

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-367/14, de 23 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco36714/>

<sup>12</sup> Pérez, 2016, *op. cit.*

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-193/14, de 25 de agosto de 2014. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco19314/>

dos elementos que podrían incidir, pero que al ser una cuestión temporal, una vez sobrevenido el evento, no hay factor que justifique el incumplimiento de la sentencia por el Ministerio de Hacienda.

En concreto, los eventos que inciden en la ejecución son: i) la inclusión de la indemnización que el Estado dominicano adeuda al expropiado por el órgano estatal en el presupuesto de la nación, en virtud de la Ley de Gastos Públicos y del artículo 4 de la Ley 86-11, sobre Disponibilidad de Fondos Públicos del 13 de abril de 2011; y ii) la competencia legislativa del Congreso Nacional para aprobar el Presupuesto Nacional, de conformidad con el artículo 128, numeral 2, literal g, de la Constitución de la República.

En lo concerniente al caso, en el Proyecto de Ley de Presupuesto General de Nación del año 2015,<sup>14</sup> aprobado posteriormente por el Congreso Nacional mediante la Ley 527-14,<sup>15</sup> se observa la partida presupuestaria correspondiente al Ministerio de Hacienda. No obstante, en la ejecución del presupuesto del Ministerio de Hacienda de 2015<sup>16</sup> no se refleja la satisfacción de los pagos adeudados por el Estado dominicano por concepto de indemnización, como en la especie, en la Sentencia TC-193/14, el Tribunal Constitucional dominicano lo ordenó en virtud de la expropiación por declaratoria de utilidad pública de los terrenos de los afectados,<sup>17</sup> con lo que dio a entender que el incumplimiento se ha debido a la decisión voluntarista del propio actor estatal de no pagar la indemnización.

Así, pues, el panorama dominicano de motivos de incumplimiento de sentencias vislumbrado tiene como una de sus causales la decisión voluntarista de los actores y órganos estatales de cumplir o no con lo ordenado mediante sentencia judicial o constitucional.<sup>18</sup> En los casos aquí analizados se destaca que los motivos de incumplimiento pueden tener lugar sin que haya una justificación como fueron las sentencias TC-71/2013 y TC-193/2014, o bien, con una justificación, como en el caso de la sentencia TC-193/2014, pero son incidentes que la propia sentencia prevé, como queda reflejado en el dispositivo de la referida sentencia TC-193/14, que en su ordinal tercero establece:

---

<sup>14</sup> Ministerio de Hacienda - Dirección General de Presupuesto, Proyecto de Ley de Presupuesto General del Estado 2015. Disponible en: <https://www.digepres.gob.do/Publicaciones/Presupuesto%202015/Proyecto%20de%20Ley.pdf>

<sup>15</sup> Congreso Nacional, Ley 527-14, Ley de Presupuesto General del Estado para el año 2015. Disponible en: [https://www.optic.gob.do/transparencia/phocadownload/marco\\_legal/leyes/Ley%20de%20Presupuesto%20General%20del%20Estado%202015.pdf](https://www.optic.gob.do/transparencia/phocadownload/marco_legal/leyes/Ley%20de%20Presupuesto%20General%20del%20Estado%202015.pdf)

<sup>16</sup> Ministerio de Hacienda -Portal de transparencia. Ejecución de presupuesto de 2015. Disponible en: <http://www.hacienda.gob.do/transparencia/index.php/presupuesto/category/2015-26>

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-193/2014, cit. La declaratoria de utilidad pública e interés social fue en contra de varios bienes inmuebles propiedad de Olga Hillevi, Astrid Nova Muñoz y Juan Bautista Nova Muñoz.

<sup>18</sup> Pérez, 2016, *op. cit.*



Disponer que el Ministerio de Hacienda incluya en la partida de su presupuesto del año dos mil quince (2015), debidamente aprobado por el Congreso Nacional, el pago de la suma de a) ciento treinta millones setecientos once mil seiscientos sesenta y seis pesos dominicanos con setenta centavos (RD\$130,711,666.70) como se ordena en la sentencia confirmada de acuerdo al numeral precedente.

Esto revela un serio y preocupante desacato por parte de algunos actores y órganos estatales a la decisión del órgano constitucional, a la que todo el Estado está vinculado. A este escenario de incumplimiento se agrega la segunda causal antes mencionada, consistente en la insuficiencia del texto de ley referente a las facultades del juez para garantizar la ejecución plena de sus decisiones jurisdiccionales.

Es cierto que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, la jurisdicción constitucional tiene competencia para conocer de los incidentes y dirimir las dificultades con relación a la ejecución de sus decisiones. Efectivamente, el artículo 50 de la referida ley pauta el marco de actuación de la jurisdicción con respecto a la ejecución, al establecer que el Tribunal “dispondrá en la sentencia o en actos posteriores, el responsable de ejecutarla y en su caso, resolver las incidencias de la ejecución”.<sup>19</sup> Esta misma disposición legal establece que el Tribunal Constitucional resolverá de las incidencias en la ejecución, tal como lo prevé el artículo 87, el cual establece los poderes del juez de amparo.

Así, los artículos 89 y 93 de la Ley 137-11 establecen medidas previstas para garantizar la ejecución integral, disponiendo que la sentencia debe contener, en resumidas cuentas, el señalamiento del responsable de ejecutar la sentencia, las especificaciones para la ejecución, el plazo para cumplir lo ordenado y la sanción en caso de incumplimiento del mandato del órgano constitucional.<sup>20</sup>

De ahí que el órgano constitucional cuenta con los mismos mecanismos que el juez de amparo para garantizar la ejecución integral de la sentencia, como es la facultad de fijar astreintes para conminar a su cumplimiento.

Efectivamente, entre las medidas previstas en torno a la ejecución de la sentencia figura la sanción en caso de incumplimiento, tratándose en efecto del mecanismo

---

<sup>19</sup> Ley 137-11, cit., artículo 50.

<sup>20</sup> El artículo 89 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales establece: “Artículo 89.- Dispositivo de la Sentencia. La decisión que concede el amparo deberá contener: 1) La mención de la persona en cuyo favor se concede el amparo; 2) El señalamiento de la persona física o moral, pública o privada, órgano o agente de la administración pública contra cuyo acto u omisión se concede el amparo; 3) La determinación precisa de lo ordenado a cumplirse, de lo que debe o no hacerse, con las especificaciones necesarias para su ejecución; 4) El plazo para cumplir con lo decidido; 5) La sanción en caso de incumplimiento”.

coercitivo de la astreinte establecido en el artículo 93 de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

De acuerdo con el criterio del Tribunal Constitucional, “la naturaleza de la astreinte es la de una sanción pecuniaria”<sup>21</sup> como forma de conminar al sujeto obligado al efectivo cumplimiento de lo ordenado mediante sentencia. Sin embargo, se observa que, a pesar de la imposición de la astreinte, actores estatales incumplen con la ejecución de sentencias constitucionales.<sup>22</sup>

Un estudio completo de la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional permite observar que el legislador no previó otras medidas coercitivas, distintas a la astreinte, que obliguen al actor u órgano estatal a no tener otro remedio que el cumplimiento. Para alcanzar tal cometido será preciso ampliar el radio de sanciones por incumplimiento, llevándolo a un nivel de consecuencias penales y administrativas. Este último aspecto será abordado en detalle en el apartado sobre la posición del Tribunal Constitucional ante el incumplimiento de sus decisiones.

Como última causal se encuentra la falta de seguimiento del Tribunal Constitucional dominicano a sus sentencias, que ha dejado a merced de los órganos y actores estatales el cumplimiento de los fallos que dicta y que ha implicado incluso el desconocimiento del propio órgano jurisdiccional sobre ejecución efectiva o no de sus decisiones.

Ha sido fundamentalmente a través de la propia prensa como se ha tenido conocimiento de las inejecuciones, fruto de las denuncias de los afectados ante los medios de comunicación por el incumplimiento de la decisión del Tribunal Constitucional.<sup>23</sup>

No cabe duda, pues, de que la falta de mecanismos e instrumentos efectivos de seguimiento del Tribunal Constitucional a la ejecución de sus decisiones es un factor que contribuye al escenario de la inejecución, al dejar el cumplimiento de lo juzgado a la voluntad unilateral del sujeto obligado, una actuación que es más bien

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-438/17 de 15 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco43817/>. Ver también, Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-0048/12, 8 de octubre de 2012. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco04812/>.

<sup>22</sup> De acuerdo con noticias difundidas a través de la prensa se han dado a conocer varios casos de incumplimiento de sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional Dominicano; además, sobre la base de datos requeridos y aportados por la Unidad de Seguimiento de Ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional se sabe que en las sentencias incumplidas había sido impuesta la astreinte. Entre ellas se encuentran: Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-233/2013 de 29 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco23313/>; Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-193/2014, cit.

<sup>23</sup> Liliam Mateo, “Amadeo Peralta: TC debe penalizar a quien no acata sus sentencias”, *Nuevo Diario*, 1 de julio de 2018. Disponible en: <https://elnuevodiario.com.do/amadeo-peralta-tc-debe-penalizar-a-quien-no-acata-sus-sentencias/>

contraria a la función de una jurisdicción que no solo está supuesta a juzgar, sino también a ejecutar lo juzgado.<sup>24</sup>

No obstante, la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional no solo concierne al beneficiario como persona física o jurídica, sino que también involucra al propio órgano decisor por la naturaleza del derecho implicado; no se trata de una cuestión privatista, ya que trasciende al orden público, por tratarse de derechos fundamentales en los que el legislador ha facultado al órgano constitucional para dirimir las dificultades que se susciten en la ejecución de sus sentencias.

De tal relevancia es la completa ejecución de una sentencia constitucional que la Corte Constitucional del Ecuador –tribunal cuya doctrina jurisprudencial ha servido de referencia a la doctrina constitucional de la República Dominicana–<sup>25</sup> estableció como criterio que “los procesos constitucionales no llegan a su fin con la expedición de la sentencia, sino que culminan cuando se haya cumplido con todos los actos que se hubiere dispuesto en ella y se hubiere llevado a cabo la reparación integral de los derechos vulnerados, tarea cuya vigilancia corresponde a esta Corte”.<sup>26</sup>

Hay una relación entre el seguimiento del órgano decisor y el cumplimiento de la sentencia que no puede pasar desapercibido. Consiste en que la vigilancia del órgano decisor ejerce una influencia sobre el sujeto obligado, constituyéndose en un mecanismo de cumplimiento.

No hay duda de que una sentencia no ejecutada constituye una tutela negativa y que no ha sido efectiva y, por tanto, se está faltando a un “pilar fundamental de la estructura del Estado social de derecho”, como lo son el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

El siguiente apartado está dedicado a las consecuencias derivadas del incumplimiento de una decisión constitucional.

## 1.2. Consecuencias de la inejecución de una sentencia constitucional en un Estado social y democrático de derecho

Conforme a lo establece en el artículo 7 de la Constitución, la República Dominicana es un Estado social y democrático de derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales; de acuerdo con lo consagrado por el artículo 8 de la norma suprema, la protección efectiva de los derechos de la persona es una de las funciones esenciales del Estado dominicano.

---

<sup>24</sup> Constitución Dominicana, *op. cit.*, artículo 146, párrafo I.

<sup>25</sup> Cfr. Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-230-15 de 20 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco23015/>

<sup>26</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001/014/SIS/CC de 4 de marzo de 2015. Disponible en: [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/011-15-SIS-CC/REL\\_SENTENCIA\\_011-15-SIS-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/011-15-SIS-CC/REL_SENTENCIA_011-15-SIS-CC.pdf)

En consecuencia, el incumplimiento en la ejecución de una sentencia constitucional implica un quebrantamiento al principio de Estado social y democrático de derecho, cuyo principio “impone la protección de los derechos constitucionales”,<sup>27</sup> entre cuyos preceptos se encuentran la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

La inejecución de una sentencia constitucional trae consigo el incumplimiento del Estado en su función esencial de proteger los derechos de la persona, toda vez que la inejecución de una sentencia constituye una vulneración a la tutela judicial efectiva y el debido proceso,<sup>28</sup> pues, hablar de tutela efectiva no solo “apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado”,<sup>29</sup> sino también “que la sentencia dictada sea ejecutada, pues de lo contrario, haría frustratorio el proceso judicial”.<sup>30</sup>

El incumplimiento de una sentencia constitucional comporta, por igual, la conculcación del principio de efectividad y pone en tela de juicio la propia supremacía de la Constitución, cuyo acatamiento y cumplimiento es considerado como un deber fundamental por el artículo 75 de la carta magna.

Por su parte, el principio de efectividad de los derechos implica que el juez o tribunal “debe garantizar la efectiva aplicación de las normas constitucionales y de los derechos fundamentales frente a los sujetos obligados o deudores de los mismos”,<sup>31</sup> y supone, a su vez, el vínculo a las normas constitucionales por parte de “todas las autoridades y por ende estas (sic) no pueden liberarse arbitrariamente de su respeto y protección”.<sup>32</sup>

De igual modo, el incumplimiento en la ejecución de una sentencia constitucional se constituye en “una violación al derecho de ejecutar una decisión regularmente

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12, de 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>. Este tribunal ha servido de referencia a la doctrina constitucional de la República Dominicana.

<sup>28</sup> El derecho a la tutela judicial efectiva y debido proceso se consagra en el artículo 69 de la Constitución de la República del 13 de junio de 2015. “Artículo 69.- Tutela judicial efectiva y debido proceso. Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínima que se establecen”.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-318/98, de 30 de junio de 1998. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-318-98.htm>

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-127/13 de 2 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc012713/>

<sup>31</sup> Ley 137-11, cit., artículo 7, numeral 4.

<sup>32</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-270/04 de 19 de marzo de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-270-04.htm>

obtenida durante un proceso judicial o constitucional, que es uno de los componentes de las garantías mínimas que conforman el debido proceso”.<sup>33</sup>

De ahí que la inexecución de una sentencia constitucional entraña una cuestión de derecho fundamental, con efecto vinculante, que se impone como una decisión con autoridad frente a los sujetos obligados y, por ende, se erige como una grave violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva, en efecto:

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*.<sup>34</sup> (Énfasis agregado)

En concreto, toda sentencia dictada “en los procesos constitucionales, [...] comprende no solo la observancia del mandato que tales decisiones puedan dirigir a alguna autoridad, sino también el sometimiento de todos los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento”.<sup>35</sup>

El no sometimiento de los actores y órganos estatales a las consecuencias jurídicas de la decisión jurisdiccional del Tribunal Constitucional acarrearía la violación del principio de seguridad jurídica por una cuestión simple: la seguridad jurídica, además de ser “concebida como un principio jurídico general consustancial a todo Estado de derecho, que se erige en garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que asegura la previsibilidad respecto de los actos de los poderes públicos”,<sup>36</sup> implica “la realización efectiva de los derechos”.<sup>37</sup>

Por tal motivo, la inexecución de una sentencia por parte de un actor u órgano estatal conlleva la afectación de la efectividad del derecho fundamental contenido

<sup>33</sup> Sentencia TC-127/13, cit.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-235/17 de 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco23517/>. Cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha fijado el precedente en torno a la tutela judicial efectiva en la Sentencia TC-110/13 y ratificado en la TC-339/14.

<sup>35</sup> Franklin Concepción Acosta, *El precedente constitucional en la República Dominicana. Compilación de las sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano y precedentes comentados*, vol. I, Santo Domingo, Editora Soto, 2014, pp. 56-57.

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-100/13 de 20 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco10013/>

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/13 de 23 de mayo de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-313-13.htm>

en la decisión, situación que acarrea la violación del principio de seguridad jurídica, toda vez que este implica la *realización efectiva de los derechos*.

A tenor de esto, las violaciones del debido proceso, de la tutela judicial efectiva, del principio de efectividad, de la supremacía constitucional, de la seguridad jurídica y del principio de Estado social y democrático de derecho son consecuencias del incumplimiento en la ejecución de sentencias constitucionales. Cabe preguntarse, entonces, ¿qué está haciendo el órgano constitucional para solucionar semejante situación de inejecuciones? Precisamente, en el próximo apartado abordaré los aprestos del Tribunal Constitucional para resolver la situación de desobediencia de sus decisiones.

## **2. El Tribunal Constitucional ante el incumplimiento de sus decisiones**

Ante la problemática del incumplimiento de las sentencias constitucionales, mediante la Resolución 001/2018 de 5 de marzo de 2018, el Tribunal Constitucional dominicano emitió el Manual de Procedimiento de la Unidad de Seguimiento de la Ejecución de las Sentencias, unidad que tiene por “objeto organizar el procedimiento de recepción, investigación y trámite de las solicitudes tendientes a resolver las dificultades en la ejecución de las decisiones del Tribunal”.<sup>38</sup>

El artículo 5 de la mencionada Resolución 001/2018 del Tribunal Constitucional dispone que “las dificultades de ejecución serán resueltas por el Pleno”,<sup>39</sup> por solicitud de parte interesada mediante instancia motivada, según lo prevé el artículo 7 de dicha resolución.

Cabe destacar que este manual resulta solo un paliativo para la problemática del incumplimiento, no una solución definitiva ni sostenible, pues una vez agotados los trámites establecidos, ante un nuevo incumplimiento del sujeto obligado, al no obtemperar esta vez la resolución del Pleno, el manual dispone que se realice una nueva solicitud de la cual se generará un informe al Pleno para que decida, de lo que resulta más bien un procedimiento, no solamente insuficiente sino también cíclico, asfixiante y extensivo que no aporta una solución final al problema de la inejecución y, por ello, aleja la desprotección por parte del Estado de los derechos fundamentales de sus titulares.

Asimismo, se aprecian ciertas carencias de contenido en el manual de procedimiento, ya que solo se limita a establecer que el Tribunal Constitucional adoptará todas las medidas que considere pertinentes, sin especificarlas concretamente; esto, a consecuencia de que en la Ley Orgánica no se prevén otras medidas distintas a la

---

<sup>38</sup> Resolución TC-001/2018, cit.

<sup>39</sup> *Ibid.*, artículo 5.

astreinte, como lo hacen los códigos o las leyes orgánicas de los mencionados ordenamientos jurídicos de Ecuador y Perú, respectivamente.

Bien podría servir de ejemplo el artículo 92, numeral 4, literales a, b, c y d, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español 2/1979, modificada por la Ley Orgánica 5/2015, que como sanciones por el incumplimiento de las sentencias constitucionales establece multas coercitivas, suspensión de funcionarios, ejecución sustitutoria y responsabilidad penal del funcionario.<sup>40</sup>

Estas medidas se instituyen como mecanismos coercitivos que no están estatuidos en el ordenamiento jurídico dominicano como sanciones a la inejecución de sentencias constitucionales por parte de los actores y órganos estatales.

En una próxima y pronta reforma requerida de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, aquellas sanciones podrían contemplarse en los articulados referentes a los poderes del juez o ejecución de la sentencia.

Luego de haber agotado prácticamente este artículo, fui gratamente sorprendido al encontrar que, en respuesta al desacato a las decisiones del Tribunal Constitucional, en el Congreso Nacional está cursando un proyecto de ley sobre ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sometido

---

<sup>40</sup> La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español 2/1979 modificada por la Ley Orgánica 5/2015, en su artículo 92 dispone: "1. El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución. Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó. 2. El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente. 3. Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. 4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto. Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes: a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado. b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal. c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones. d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder".

el 23 de abril de 2018. Este proyecto legislativo contiene prácticamente los mismos preceptos de la citada Resolución 001/2018 del Tribunal Constitucional y sobre este último ya emitimos nuestra posición.

Haciendo mención del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el cual puede servir de referencia para el análisis de soluciones al escenario dominicano, en caso de incumplimiento de una sentencia constitucional, el legislador previó la acción por incumplimiento, contemplada en el artículo 53 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional del Ecuador.<sup>41</sup>

Conforme lo ha establecido la Corte Constitucional del Ecuador, la acción constitucional contiene una doble función: “Por una parte, garantiza un efectivo recurso para la protección de derechos constitucionales por medio de la ejecución de la sentencia y, por otra parte, da primacía a las normas y derechos contenidos en la Constitución”.<sup>42</sup> Constituye, además, “un verdadero derecho de todas las personas para acceder a una protección judicial real y efectiva que haga prevalecer sus derechos y no genere un estado de indefensión para los afectados”.<sup>43</sup>

Por su parte, el ordenamiento jurídico constitucional peruano –que también ha servido de referencia al ordenamiento constitucional de la República Dominicana–<sup>44</sup> dispone de medidas coercitivas más severas que la astreinte prevista por el ordenamiento jurídico dominicano. Así, en virtud del artículo 22 del Código Procesal Constitucional del Perú, la sentencia constitucional para “su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable”.<sup>45</sup>

El juez constitucional queda facultado por el código peruano a auxiliarse de la fuerza pública, instituciones financieras u otro organismo que el juez estime

---

<sup>41</sup> Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de Ecuador de 21 de septiembre de 2009, Oficio SAN-2009-077. “Art. 54.- Reclamo previo.- Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento”.

<sup>42</sup> Sentencia 001/014/SIS/CC, cit.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Constancia de esto es Sentencia TC-218/14 relativa al recurso de revisión constitucional en materia de amparo, incoado por la señora Margarita María Vásquez Meléndez en contra de la Sentencia 222, dictada por la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Peravia el siete (7) de mayo de dos mil trece (2013) (Tribunal Constitucional de República Dominicana, Sentencia TC-218/14 de 22 de septiembre de 2014, pp. 36 y 37. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc021814/>).

<sup>45</sup> Código Procesal Constitucional de Perú, Ley 28237 de 31 de mayo de 2004.



pertinente para hacer efectivo el cobro de la multa.<sup>46</sup> Para una mayor efectividad, en caso de persistir el incumplimiento de la decisión del Tribunal Constitucional, el artículo 59 del referido código peruano dispone la apertura de un procedimiento administrativo en contra del funcionario público que incumpla con la decisión jurisdiccional del órgano constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que podría derivarse.

De este modo, se debe procurar determinar y ampliar las medidas de las que dispone el Tribunal Constitucional dominicano para resolver las dificultades en la ejecución de sus decisiones. Y es que si la astreinte no resulta tan conminatoria para los órganos públicos dominicanos, surge la imperiosa necesidad de adoptar mecanismos mucho más efectivos para constreñir a los actores y órganos estatales al cumplimiento de lo ordenado por la jurisdicción constitucional, como la consagración legislativa de sanciones pecuniarias como las multas, sanciones penales derivadas de la incorporación del delito por desacato de órdenes jurisdiccionales y sanciones administrativas como la destitución del funcionario público, debiendo quedar apercibido en la sentencia.

En lo que respecta a la figura jurídica del desacato por fallos jurisdiccionales, esta no se encuentra aún consagrada en el ordenamiento jurídico dominicano, pero es una cuestión que puede ser incorporada por el legislador, puesto que, al tratarse de las decisiones jurisdiccionales como mandatos al fin, estas deben quedar blindadas contra la desobediencia de los sujetos obligados, ya que en caso de incumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, el desacato no es solo “contra la autoridad particular de un mandato judicial, sino contra la eficacia general de los precedentes constitucionales como fuente del derecho”,<sup>47</sup> que, además, contienen derechos fundamentales de los que la Constitución dominicana garantiza su efectividad.

Una referencia legislativa dominicana relativa al desacato, que indica que la figura no es ajena al ordenamiento jurídico nacional, se encuentra en el artículo 56 de la Ley 10-04, de la Cámara de Cuentas de la República Dominicana, que dispone que los funcionarios públicos son pasibles de sanciones penales en caso de desacato ante la negativa de cooperación con el órgano fiscalizador y la obstaculización de auditorías realizadas por funcionarios o empleados.

Indiscutiblemente, la implementación de estos mecanismos coercitivos debe quedar prescrita en la ley, de ahí que sean contemplados en una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o se instauren en el proyecto de ley sobre ejecución de sentencias constitucionales en su artículo 7 específicamente, referente a la dificultad de la ejecución.

---

<sup>46</sup> Esto por disposición del referido artículo 22 del Código Procesal Constitucional del Perú.

<sup>47</sup> Méndez, 2017, *op. cit.*

## Conclusión

Ante el escenario de incumplimiento de las sentencias constitucionales es preciso que el Tribunal Constitucional y el Congreso nacional dominicanos encaren la problemática asumiendo con eficacia su competencia para resolver las dificultades en la ejecución de sus decisiones que, en otras palabras, más bien radica en velar por el cumplimiento de sus sentencias.

La problemática de la transgresión de las sentencias constitucionales no recae solo en la falta de seguimiento del órgano decisor en la ejecución de sus decisiones o en la decisión voluntarista de los actores y órganos estatales de cumplir o no cuando son sujetos obligados en una sentencia del Tribunal Constitucional; también existe una insuficiencia en el texto de ley referente a los poderes del juez en lo que concierne particularmente a las limitadas medidas de carácter coercitivo de las que puede disponer el juez para garantizar la ejecución de la sentencia que dicta.

Es una cuestión donde convergen tanto lo limitativo de las medidas coercitivas como la falta de especificidad del texto en la mencionada Resolución 001/2018 del Tribunal Constitucional, cuando se refiere a que el juez puede adoptar todas las medidas que considere pertinentes.

Esta deficiencia de facultades más amplias y concretas del juez se convierte en un factor limitativo para la jurisdicción constitucional a la hora de confrontar o sancionar la inejecución de las sentencias constitucionales por parte de los actores y órganos estatales. Es necesario entonces que las sanciones penales, pecuniarias y administrativas, como las multas, la destitución, la responsabilidad penal o el proceso administrativo en contra del funcionario público, queden consagradas en un texto ley como poderes del juez constitucional.

Es conveniente que en una próxima reforma a la Ley 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional, el legislador contemple sanciones administrativas extraordinarias para decidir sobre las solicitudes de ejecución de sentencias que son depositadas a través de la Secretaría General y, mediante resolución, determinar la imposición de las sanciones aquí planteadas en contra del actor y órgano estatal que han incumplido o son reticentes a su cumplimiento. Estas medidas requerirán ser expresamente consagradas, en virtud del principio de legalidad.

De este modo, la solución al incumplimiento de las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional precisará que este propio órgano cuente con las herramientas, los mecanismos e instrumentos normativos que le permitan una real y efectiva ejecución de sus decisiones. Esta cuestión requerirá que el Congreso nacional atribuya al Tribunal Constitucional la competencia para la adopción de medidas adicionales a las actualmente previstas y mucho más concretas, que surtan un efecto coercitivo más efectivo que la astreinte, pues esta medida de corte conminatorio, en los hechos, ha sido insuficiente para obligar a los órganos públicos a la obediencia de las decisiones de la jurisdicción constitucional.

## Bibliografía

- ACOSTA, Franklin Concepción, *El precedente constitucional en la República Dominicana. Compilación de las sentencias del Tribunal Constitucional Dominicano y precedentes comentados*, vol. I, Santo Domingo, Editora Soto, 2014.
- CIPRIÁN, Rafael, “Quintaesencia: TC, desacato y astreinte”, *El Nacional*, 26 de febrero de 2017. Disponible en: <http://elnacional.com.do/quintaesencia-tc-desacato-y-astreinte/>
- CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, Ley 28237 de 31 de mayo de 2004.
- CONGRESO NACIONAL -Ley núm. 527-14, Ley de Presupuesto General del Estado para el año 2015. Disponible en: [https://www.optic.gob.do/transparencia/phocadownload/marco\\_legal/leyes/Ley%20de%20Presupuesto%20General%20del%20Estado%202015.pdf](https://www.optic.gob.do/transparencia/phocadownload/marco_legal/leyes/Ley%20de%20Presupuesto%20General%20del%20Estado%202015.pdf)
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-318/98 de 30 de junio de 1998. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-318-98.htm>
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-270/04 de 19 de marzo de 2004. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-270-04.htm>
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-288/12 de 18 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-288-12.htm>
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-313/13 de 23 de mayo de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-313-13.htm>
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, Sentencia 001/014/SIS/CC de 4 de marzo de 2015. Disponible en: [http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/011-15-SIS-CC/REL\\_SENTENCIA\\_011-15-SIS-CC.pdf](http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2015/011-15-SIS-CC/REL_SENTENCIA_011-15-SIS-CC.pdf)
- MATEO, Liliam, “Amadeo Peralta: TC debe penalizar a quien no acata sus sentencias”, *Nuevo Diario*, 1 de julio de 2018. Disponible en: <https://elnuevodiario.com.do/amadeo-peralta-tc-debe-penalizar-a-quien-no-acata-sus-sentencias/>
- MINISTERIO DE HACIENDA - Dirección General de Presupuesto, Proyecto de Ley de Presupuesto General del Estado 2015. Disponible en: <https://www.digepres.gob.do/Publicaciones/Presupuesto%202015/Proyecto%20de%20Ley.pdf>
- \_\_\_\_\_, Portal de transparencia. Ejecución de presupuesto de 2015. Disponible en: <http://www.hacienda.gob.do/transparencia/index.php/presupuesto/category/2015-26>
- PÉREZ, Hogla, “Instituciones del Estado no acatan sentencias del Tribunal Constitucional”, *Diario Libre*, 27 de junio de 2016. Disponible en: <https://www.diario-libre.com/noticias/justicia/instituciones-del-estado-no-acatan-sentencias-del-tribunal-constitucional-DY4155849>
- PÉREZ, Wanda, “El presidente de TC propone crear la figura del desacato a fallos judiciales”, *Listín Diario*, 26 de enero de 2017. Disponible en: <https://www.listindiario.com/la-republica/2017/01/26/451814/el-presidente-de-tc-propone-crear-la-figura-del-desacato-a-fallos-judiciales>

PRATS, Eduardo Jorge, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Ius Novum, 2010.

\_\_\_\_\_, “Hacer ejecutar lo juzgado”, *Hoy*, 18 de abril de 2013. Disponible en: <http://hoy.com.do/hacer-ejecutar-lo-juzgado>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE REPÚBLICA DOMINICANA, Sentencia TC-0048/12, 8 de octubre de 2012. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco04812/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-71/2013 de 7 de mayo de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco07113/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-100/13 de 20 de junio de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco10013/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-127/13 de 2 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco12713/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-233/2013 de 29 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco23313/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-193/14 de 25 de agosto de 2014. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco19314/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-218/14 de 22 de septiembre de 2014. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco21814/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-367/14 de 23 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco36714/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-230-15 de 20 de agosto de 2015. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco23015/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-235/17 de 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco23517/>

\_\_\_\_\_, Sentencia TC-438/17 de 15 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tco43817/>

\_\_\_\_\_, Resolución TC-001/2018 de 5 de marzo de 2018. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/15308/tc-0001-18-resolucion-uses.pdf>

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Mônia Clarissa Hennig Leal\* (Brasil)  
Maria Valentina de Moraes\*\* (Brasil)

## A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais \*\*\*

### RESUMO

Os novos arranjos globais e a abertura das jurisdições nacionais à atuação de órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos possuem significativos reflexos na ordem jurídica interna. Assim, questiona-se como a margem de

---

\* Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora e Coordenadora-Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (Brasil). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br

\*\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc (Brasil). Bolsista Prosup/Capes. Graduada em Direito pela Unisc. mariavalentina.23@hotmail.com

\*\*\* Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. 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 (financiado pelo Finep) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo Finep), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Parte da pesquisa foi realizada, ainda, na Universidad de Talca (Chile) em razão de Projeto de Cooperação Internacional (Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015), entre a Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Cechoch (Chile), com recursos da Capes.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

apreciação e o diálogo entre Poderes e Cortes Constitucionais podem contribuir para compreender as relações de integração ou limitação da soberania em nome dos direitos humanos. Utiliza-se a análise e revisão bibliográfica, com base em obras nacionais e estrangeiras, para compreender como vêm ocorrendo essas relações. Pode-se perceber que a compreensão da teoria da margem de apreciação e da teoria dialógica contribui para uma melhor concretização e proteção desses direitos, permitindo a interação entre jurisdições.

**Palavras-chaves:** margem de apreciação; diálogo jurisdicional; direitos humanos e fundamentais.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die neuen internationalen Regelungen und die Öffnung der nationalen Rechtsprechungen gegenüber den Entscheidungen internationaler Organe wie des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte haben erhebliche Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung. Der Artikel geht deshalb der Frage nach, inwieweit der Ermessensspielraum und der Dialog zwischen Staatsgewalten und Verfassungsgerichten einen Beitrag zum Verständnis der Integration bzw. Souveränitätseinschränkung im Namen der Menschenrechte leisten können. Auf der Grundlage einer bibliografischen Erhebung und Analyse von Beiträgen in- und ausländischer Autoren wird versucht, diese Interaktion nachzuvollziehen. Dabei lässt sich feststellen, dass das Verständnis der Theorie vom Ermessensspielraum wie auch der Dialog-Theorie zur Verbesserung von Umsetzung und Schutz der Menschenrechte beiträgt und dadurch eine Interaktion zwischen den Rechtsprechungen ermöglicht.

**Schlagwörter:** Ermessensspielraum, Rechtsprechungsdiallog, Grund- und Menschenrechte.

### ABSTRACT

The new global arrangements and the opening of the national jurisdiction to the international organs action such as the Interamerican Court of Human Rights have meaningful reflects in the national legal order. Therefore, this article seeks to analyze how both the margin of appreciation and the dialogue between State Branches and Constitutional Courts can contribute to understand the relation to integration or sovereignty's limitation in the name of human rights. A bibliographic analysis and research on national and foreign authors was used in order to understand how such interaction has been happening. It is possible to realize that understanding both the margin of appreciation and the dialogue theories contribute to a better protection and concretization of human rights, thus enabling interaction between jurisdictions.

**Key Words:** Margin of appreciation; dialogue between jurisdictions; human and fundamental rights.

## Introdução

O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil e a tendência que vem se consolidando quanto à internacionalização da proteção de direitos humanos e fundamentais traz à tona diversos questionamentos quanto às relações que decorrem dos novos arranjos internacionais. Ao mesmo tempo, essa demanda quanto à proteção desses direitos reflete na lógica interna de proteção, colocando a relação entre Poderes do Estado e entre Cortes Internacionais e a soberania estatal no centro do debate.

Essa nova concepção quanto à proteção desses direitos demanda, assim, uma análise das relações que se estabelecem entre o direito doméstico e o estrangeiro, e, por consequência, entre as Cortes Constitucionais – em nível internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos; e interno, o Supremo Tribunal Federal, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro – responsáveis pela concretização e efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Ainda, a relação interna entre os Poderes do Estado e a adoção de uma postura dialógica entre os três Poderes, e entre esses e as Cortes internacionais, se mostram essenciais nesse processo de garantia e fortalecimento de direitos humanos e fundamentais.

Busca-se discutir e analisar, utilizando-se de pesquisa, revisão e análise bibliográfica, como ocorre essa relação entre Tribunais e Poderes diante de elementos como a soberania estatal e a relação estabelecida entre Poderes. Questiona-se, assim, se a margem de apreciação e o diálogo entre Poderes e Cortes Constitucionais atuam como ferramentas de integração ou limitação da soberania em nome dos direitos humanos, analisando essas duas teorias e suas implicações na ordem interna.

A utilização da margem de apreciação diante dos princípios da soberania estatal e da separação de Poderes é discutida em um primeiro tópico. Na sequência do artigo são abordadas as teorias dialógicas e os entraves e contribuições que a compreensão das mesmas possibilita para uma proteção de direitos humanos e fundamentais mais efetiva, como será demonstrado.

### **1. A teoria da margem de apreciação frente aos princípios da soberania estatal e da separação de Poderes**

Com uma maior atuação dos órgãos internacionais na proteção de direitos humanos e fundamentais, a teoria da margem de apreciação passa a ser um mecanismo de reconhecimento da soberania estatal enquanto princípio. Soma-se a isso a vinculação dos Estados às decisões dessas Cortes internacionais que compõem os diferentes Sistemas de Proteção de Direitos Humanos. A ideia de uma margem de apreciação nacional se caracteriza, nesse contexto, como um espaço de atuação reservado ao Estado para valorar decisões de caráter cultural e social, por exemplo, nas quais o ente se encontraria em uma melhor posição para decidir do que uma Corte Internacional.

Há que se considerar que a teoria “não é peculiar da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos. Ela deriva das práticas do direito administrativo europeu”.<sup>1</sup> É, contudo, com o Tribunal Europeu de Direitos do Homem que a doutrina da margem de apreciação passa a representar, como uma “margem de manobra”, uma ferramenta e um espaço para adequar as necessidades dos Estados dentro do estabelecido na Convenção Europeia de Direitos do Homem, diante de condicionantes culturais,<sup>2</sup> por exemplo,<sup>3</sup> envolvendo decisões acerca de matérias de alta complexidade e controvertidas do ponto de vista de sua conformação social e cultural, como o aborto, negociação com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) na Colômbia, respeito a manifestações culturais, aos povos indígenas, dentre outras. Entretanto, “la idea de margen de apreciación no se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en sus trabajos preparatorios, ni tampoco proviene del derecho internacional”,<sup>4</sup> sendo uma construção jurisprudencial europeia que aos poucos vem sendo utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem um maior desenvolvimento teórico acerca desta.

Importante assinalar que o reconhecimento da margem nacional de atuação “es un criterio relativo, en la medida en que este margen depende de la decisión de la Corte Internacional respectiva”,<sup>5</sup> não configurando-se como uma decisão dotada de total discricionariedade estatal. Ou seja: o reconhecimento da margem de atuação nacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se

---

<sup>1</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, «A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XV, 2015, pp. 195-238, p. 202. Esse conceito na França é conhecido como ‘marge d’appréciation’; na Itália, como ‘marge de discrizionalità’; e na Alemanha, como ‘Ermessensspielraum’.

<sup>2</sup> Carlos Brokmann Haro, “La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de Derechos Humanos México”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, v. 8, 2008, pp. 59-89. Quanto à margem de apreciação, observa Roca que “su origen es oscuro. Se ha dicho que parece proceder de las técnicas de la revisión judicial propias de los Estados, en particular del Consejo de Estado francés. Pero ha sido la Corte de Estrasburgo la que ha desarrollado la idea con perfiles propios” em uma demanda envolvendo a implantação de medidas emergenciais, por parte da Grécia, no Chipre. Analisa, assim, que, no presente contexto, “el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de una supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen trágico o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de supervisión de derechos”.

<sup>3</sup> Javier García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143, p. 121, grifado no original.

<sup>4</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira Alcalá e Liliana Galdámez Zelada, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 560.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 559.



totalmente a cargo desse órgão internacional. Como colocado por esta no *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, o reconhecimento dessa “margem de apreciação nacional”<sup>6</sup> outorga aos Estados um espaço onde os mesmos “regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”,<sup>7</sup> preservando alguns direitos de caráter fundamental daquele Estado.

Lembra Arroyo<sup>8</sup> que a margem de apreciação possibilita aos Estados “brindar tratamiento distinto al contenido de un derecho, siempre que no se atente contra el mínimo o el contenido esencial de un derecho”, existindo alguns padrões a serem respeitados em termos de proteção. Importante destacar que a doutrina majoritária reconhece a importância dessa teoria nos sistemas de proteção de direitos humanos, sem que se configure, contudo, em uma “carta branca” que brinde os Estados com um amplo poder de escolha e que lhes permita fazer o que bem entendam.<sup>9</sup> Inclusive, “algunos de los elementos prima facie amparados por ese margen podrían ser revisados, si se produce un exceso que deba ser corregido”.<sup>10</sup>

Em determinados casos há um espaço de apreciação maior do que em outros, variando conforme o direito a ser protegido – o que demanda a realização de um juízo de ponderação –, existindo uma maior aderência às decisões quando se encontra em jogo o direito à vida (menos flexível), e uma maior margem, por exemplo, em casos como de um direito de cunho previdenciário (que contempla maiores possibilidades

---

<sup>6</sup> Samyra H. Dal Farra Napolini e Vladimir Oliveira da Silveira, “O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS*, v. XI, 2016, pp. 80-92. p. 88. No que se refere à utilização da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pontuam Napolini e Silveira que “realmente, é necessário que se reflita se a margem nacional de apreciação não tem contribuído para uma aplicação não uniforme e até mesmo relativa e flexibilizada de direitos consagrados na normativa internacional, dando a ideia de que essas normas não possuem caráter obrigatório. Por esses motivos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”) na Opinião Consultiva n° 4/84 demonstra preocupação com o uso da margem de apreciação e adverte que a discricionariedade dada aos Estados corre o risco de levar a julgamentos subjetivos e arbitrários. Assim, a CIDH pouco tem desenvolvido e aplicado esse método”.

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), São José da Costa Rica, 2008, p. 48, disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_184\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf),

<sup>8</sup> César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016. p. 106.

<sup>9</sup> Javier García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143, p. 125.

<sup>10</sup> *Idem*, pp. 117-143, p. 127.

de regulamentação).<sup>11</sup> Tal margem<sup>12</sup> “está relacionada com os limites decisórios dos sistemas de justiça internacional, supranacional e regional em matéria de direitos humanos”,<sup>13</sup> configurando-se como “un instrumento de interpretación útil para que el tribunal decida con claridad y transparencia acerca de la competencia local, nacional y europea”<sup>14</sup> – no caso, interamericana.

Trata-se de um instrumento que atenua a atuação da Corte, a qual detém “no sólo competencias jurisdiccionales, sino del poder explícito de definir el alcance de su propia competencia; es decir: de la competencia de la competencia [...], de conformidad con el artículo 62.3 de la CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos]”.<sup>15</sup> Essa prerrogativa da Corte Interamericana, se não utilizada de forma deferente, pode ocasionar uma intervenção demasiada da Corte, pois, como coloca Leal, “também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicado às Cortes Internacionais”,<sup>16</sup> e, assim sendo, “en ese sentido, órganos como la Corte deberán autolimitar los alcances de su pronunciamiento”,<sup>17</sup> no sentido de compreender quando o Estado se encontra em melhor posição de decisão.

O princípio da subsidiariedade desempenha um interessante papel nesse sentido, sendo característica da Corte Interamericana, e também da Corte Europeia, – como organismos jurisdicionais internacionais – a atuação subsidiária, a qual deixa “en los niveles inferiores una mayor responsabilidad en la toma de decisiones con relativa autonomía e intervención limitada por parte de los niveles jerárquicos superiores”,<sup>18</sup> vez que detém a primazia de atuação. Desse modo, “el control de convencionalidad debe ser realizado, en primer lugar, por los jueces nacionales y, eventualmente, por

---

<sup>11</sup> César Landa Arroyo, *op. cit.*, 2016. Observa Alcalá, quanto a essa diferença, que “el ‘margen de apreciación’ es bastante estrecho para las jurisdicciones nacionales, a diferencia de lo que ocurre en el caso europeo, producto de las distintas realidades jurídicas y contextuales” e também dos diferentes direitos que são tutelados em cada sistema. Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Alcalá, Humberto Nogueira y Zelada, Liliana Galdámez (Comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 524, grifado no original.

<sup>12</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Alcalá, Humberto Nogueira y Zelada, Liliana Galdámez (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 524, grifado no original.

<sup>13</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, *op. cit.*, pp. 195-238, p. 203.

<sup>14</sup> Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 63.

<sup>15</sup> César Landa Arroyo, *op. cit.*, p. 46.

<sup>16</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal, “Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”, *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, 2014, pp. 123-140, p. 134.

<sup>17</sup> César Landa Arroyo, *op. cit.*, p. 83.

<sup>18</sup> Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 74.

la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa”,<sup>19</sup> ainda que tal controle “implique un ‘resquebrajamiento’ de los criterios tradicionales en torno al concepto de soberanía (y rigidez de la Constitución)”.<sup>20</sup>

Também o princípio da proporcionalidade desempenha um papel fundamental na análise da margem de apreciação, ao servir “para balizar, de um lado, a adoção estatal de medidas restritivas de direitos fundadas em ‘necessidades sociais imperiosas’ e, de outro, a gravidade da medida tomada”.<sup>21</sup> Deve ser levada em conta a necessidade da restrição ao direito em relação ao prejuízo causado, e se esse objetivo buscado com a restrição, pelo Estado, de algum direito, estaria acima de qualquer prejuízo causado, não existindo outra forma de atingi-lo.<sup>22</sup> Há que se considerar que:

en la práctica es obvio que un margen demasiado amplio es sinónimo de la discrecionalidad nacional proporcional; circunstancia en la cual los individuos y sus demandas son generalmente rechazados. El fenómeno es igualmente cierto al invertir la proporcionalidad. Un margen de apreciación reducido resulta en el debilitamiento de las instituciones nacionales por aceptar el tribunal todos los recursos y apelaciones, lo que llevaría al descontento de cada país.<sup>23</sup>

É preciso buscar um equilíbrio no que toca à relação entre soberania estatal/autonomia e proteção dos direitos humanos por Cortes Internacionais, considerando-se nessa busca o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade,<sup>24</sup> pois também o reconhecimento de uma larga margem de apreciação “equivale a transformar el sistema interamericano de protección en una especie de ‘menú a la carta’”.<sup>25</sup> Saldanha e Brum<sup>26</sup> apontam para uma alternativa em termos de atuação,<sup>27</sup> a qual “respeita o pluralismo e fortalece a coexistência de duas ordens jurídicas diferentes. A presença

<sup>19</sup> César Landa Arroyo, *op. cit.*, p. 72.

<sup>20</sup> Eréndira Salgado Ledesma, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2012, p. 230.

<sup>21</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, *op. cit.*, pp. 195-238, p. 212.

<sup>22</sup> Samyra H. Dal Farra Napolini y Vladmir Oliveira da Silveira, *op. cit.*, pp. 80-92, p. 87.

<sup>23</sup> Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 78.

<sup>24</sup> Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 84.

<sup>25</sup> Gonzalo Aguilar Cavallo, “‘Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”. Comentario de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancuaga en el caso del homicidio simple de Luis Almonacid Arellano, Sentencia de fecha 14 de enero de 2013, *Estudios Constitucionales*, 2013, pp. 633-654, p. 643.

<sup>26</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, *op. cit.*, pp. 195-238, p. 214.

<sup>27</sup> José Ignacio Martínez Estay, “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, 2014, pp. 365-396, p. 382. Em termos de atuação e de respeito à margem de apreciação nacional, Estay observa que “asimismo, se ha entendido que el Tribunal no puede sustituir a la opinión de los legisladores nacionales, y que la adecuada protección

de uma ‘soberania nacional controlada’ e de uma ‘primazia europeia relativa’”. Isso se aplica também em relação aos Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana, uma vez que “the understanding here also prevails that the formation of customary international law holds state practice and opinio juris to be decisive precisely because they are manifestations of state consent”,<sup>28</sup> tornando sua jurisdição obrigatória. A obrigatoriedade de suas decisões se estende, ainda, a todos os Estados que reconhecem a jurisdição da Corte IDH, tratando-se, portanto, “de una obligación oponible a todo Estado que haya reconocido su jurisdicción [...], sea el Estado directamente condenado o no, deben ser seguidas por los tribunales nacionales y los poderes del Estado”.<sup>29</sup>

Na França, onde se originou a teoria da margem de apreciação, inicialmente com caráter administrativo, a mesma é utilizada “como criterio por el *Conseil d’Etat* a propósito del control de la discrecionalidad administrativa o *pouvoir discrétionnaire*, en casos paradigmáticos como el *arrêt Gomel* (1914) o el más conocido *arrêt Lagrande*”.<sup>30</sup> Desde a década de 1980, contudo, a margem também passou a ser utilizada pelo *Conseil Constitutionnel* como um mecanismo para que este estabeleça se em determinados casos a atuação legislativa se encontra dentro de um espaço de decisão política.<sup>31</sup>

É nesse sentido que a margem de apreciação perpassa também questões relativas à jurisdição interna, no tocante à relação entre os Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário –, envolvendo relações internas de deferência entre estes.<sup>32</sup> Enquanto a margem de apreciação nacional guarda estreita conexão com o Princípio da Soberania Estatal – na medida em que se trata de um reconhecimento, pela Corte Interamericana, de um espaço de atuação estatal onde o ente soberano possui melhores condições de regular uma questão de caráter social ou cultural, por exemplo –, a margem de apreciação, em nível interno, encontra no Princípio da Separação de Poderes essa correlação ao exigir o reconhecimento pelo Poder Judiciário dos espaços de atuação que cabem ao legislador. Essa relação demanda

---

de los derechos admite diversas opciones, y que por ende no es razonable asumir que sólo la que pueda determinar el Tribunal será la más conveniente”.

<sup>28</sup> Ingo Venzke, “The Rol of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerativa Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34:99, 2011, pp. 99-131.

<sup>29</sup> Liliana Galdámez Zelada, “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, 2014, pp. 329-364, p. 336.

<sup>30</sup> José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 365-396, p. 378.

<sup>31</sup> José Ignacio Martínez Estay, *Ibid.*, pp. 365-396.

<sup>32</sup> José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 365-396, p. 372. Estay refere que o conceito de deferência ou auto-restrição, sob a ótica da relação interna entre Poderes, mas que bem ilustra o conceito em relação aos Tribunais e Estados, “por una parte, implica ‘que los poderes públicos se deben una actitud remanente y recíproca de respeto y cortesía’ y, por otra, supone ‘de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía’”.

exercícios de auto-contenção e de ponderação judiciais que permitem uma análise judicial reflexiva quanto aos limites desse espaço e das competências de cada Poder que se contrapõem e se complementam nessa relação.

A divisão entre os três Poderes do Estado sofreu adequações ao longo dos anos, e, embora inicialmente pensada por Montesquieu em moldes diferentes dos atuais, é com a Constituição Americana que se constitui a noção de uma divisão funcional de poderes, relacionada à noção de pesos e contrapesos (*checks and balances*).<sup>33</sup> Na construção de Montesquieu, a “separação de poderes ainda está associada à hierarquia estamental. Em ‘O Federalista’ se monta uma maquinaria governamental que não se conecta diretamente com a suposição de uma sociedade dividida rigidamente”.<sup>34</sup>

Assim, embora se estabeleça uma lógica de atuação harmônica entre os Poderes, a “doutrina da divisão de poderes acaba tendo de apontar à instância de último recurso que cumpra o papel do soberano, caso os poderes não convirjam para um mesmo ponto”;<sup>35</sup> todavia, de forma um tanto quanto contraditória, “o espírito da separação de poderes é deixar essa questão em aberto”.<sup>36</sup>

Nesse cenário de divisão de funções e de competências, as discussões acerca dos limites de atuação de cada um dos Poderes ganha destaque, especialmente diante da existência de um controle de constitucionalidade cuja atribuição é do Poder Judiciário.<sup>37</sup> Não são poucas as críticas,<sup>38</sup> no Brasil<sup>39</sup>, quanto a um agigantamento do

<sup>33</sup> Conrado Hübner Mendes, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 175.

<sup>35</sup> Araújo, Cicero, “Representação, Retrato e Drama”, *Lua Nova*, v. 67, 2006, pp. 229-260, p. 252.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> Teori Albino Zavacski, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 15. Ainda que exista a possibilidade de um controle difuso de constitucionalidade, as relações de tensão se estabelecem principalmente quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, pois, “embora tenha variado nas Constituições o elenco das competências do STF (denominado de Suprema Corte pela Carta de 1934), em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detentor da palavra definitiva nas questões constitucionais”.

<sup>38</sup> Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais, São Paulo, Atlas, 2011, p. 320. Contudo, alguns autores defendem uma necessária intervenção judicial, como Dimoulis e Lunardi, que entendem que “o Judiciário não intervém como usurpador, mas corrige a atuação dos demais poderes, satisfazendo legítimas expectativas da população”, e também Monteiro (2010, p. 168), o qual defende que “se um dos poderes não exerce o seu papel, compete aos outros suprimir sua falta”. Juliana Ralo Monteiro, “Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais”, em Júnior, José Levi Mello do Amaral, *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2010.

<sup>39</sup> Juliana Ralo Monteiro, “Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais”, em José Levi Mello do Amaral Júnior, *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2010.

Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes, sendo que “as críticas mais ferrenhas a este modelo de jurisdição e de controle se dão, por seu turno, sob a égide e o argumento do paternalismo representado pela jurisprudência de valores incorporada pelos tribunais constitucionais”.<sup>40</sup> Nesse sentido, aponta-se, ainda, para uma sobreposição<sup>41</sup> do Judiciário em relação aos demais Poderes, de natureza representativa, o que acarretaria uma substituição do “poder constituinte soberano”.<sup>42</sup>

A atuação da jurisdição,<sup>43</sup> na figura do Tribunal Constitucional alemão, também é criticada por Maus, que aponta que não é mais a Constituição que outorga competência à sua atuação, sendo que

tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.<sup>44</sup>

Contudo, é preciso ter-se presente que “qualquer controle judicial será uma interferência na competência do Legislativo [...]. A questão não é se há ou não interferência, mas qual o peso dessa interferência”.<sup>45</sup> A margem de apreciação<sup>46</sup> ocupa, nesses debates, um espaço fundamental, estabelecendo uma relação que reconheça a primazia de atuação legislativa e nacional em determinadas questões. Internamente,

---

<sup>40</sup> Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 90.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 95. Salienta Leal a existência de duas correntes “uma substancialista, que defende um papel destacado do Judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos, e outra tida como procedimentalista, para quem a função daquele órgão consiste, num sentido mais geral, em assegurar processos democráticos”.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Luís Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, (*Syn*)thesis: *caderno do centro de ciências sociais*, v. 5, 2012, pp. 23-32, p. 25. Para Barroso, ainda, “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

<sup>44</sup> Maus, Ingeborg, “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, *Novos Estudos - Cebrap*, São Paulo, v. 58, 200, pp. 193-202, p. 191.

<sup>45</sup> Matthias Klatt, “Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado”, em Robert Alexy *et al.* (comps.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, Florianópolis, 2015, p. 241.

<sup>46</sup> Além do reconhecimento, pelo Tribunal, da margem de apreciação do legislador, outros mecanismos, como o apelo ao legislador, em uma auto-limitação judicial, contribuem para uma relação de deferência entre os Poderes e de preservação dos espaços de atuação. Mônia Clarissa Hennig Leal, *op. cit.*

a margem de apreciação do legislador “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa»,<sup>47</sup> relacionada às escolhas que se encontram em um espaço de conformação legislativa, regulado constitucionalmente. Roca<sup>48</sup> observa a existência de algumas semelhanças, nesse sentido, entre a margem de apreciação e as “political questions” definidas pela Corte Suprema estadunidense, as quais classificaram alguns temas como não judicializáveis e, assim, limitaram sua competência jurisdicional.

Tal como ocorre com a margem de apreciação nacional, a margem de apreciação do legislador se relaciona com a proporcionalidade, devendo ser realizado um exame quanto aos meios utilizados e sua relação com a necessidade existente.<sup>49</sup> Trata-se do reconhecimento de um espaço onde não cabe – ao menos em um primeiro momento – a atuação do Poder Judiciário, devendo esse, em casos onde seja chamado a realizar um controle jurisdicional, agir com deferência, respeitando os espaços decisórios constitucionalmente atribuídos ao legislador, na medida em que os mesmos não causem um prejuízo à concretização de direitos fundamentais.

Nesse ínterim, a margem de apreciação do legislador, ainda que utilizada como critério de aferição de competência em eventual controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, reflete uma ótica de separação de Poderes mais estática e com competências definidas. Tem-se, assim, que o “desafio da teoria normativa [...] não é aprisionar as instituições num esquema rígido da separação de poderes [...], mas fazer com que o princípio regulador dessas oscilações seja permeável a «bons argumentos»”.<sup>50</sup>

Frente à necessidade de uma relativização desse processo e de uma utilização da argumentação como critério definidor da atuação dos Poderes, a teoria dialógica surge como uma forma de acomodação dos direitos e princípios em jogo. Desse modo, por meio do diálogo e do debate se possibilita que as relações entre Cortes e entre Poderes sejam pautadas na busca de um objetivo comum: a otimização em termos de proteção e garantia de direitos humanos e fundamentais.

## **2. As teorias dialógicas como forma de maximização do debate acerca da proteção de direitos humanos e fundamentais: diálogo entre Poderes e entre Cortes**

A necessidade de se buscar um processo dialógico nas decisões não é algo novo;<sup>51</sup> entretanto, diante das demandas cada vez mais complexas e das relações de tensão

<sup>47</sup> Patricio Zapata Larraín, *Justicia constitucional, Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Jurídica de Chile, 2008, p. 234.

<sup>48</sup> Javier García Roca, *op. cit.*, pp. 117-143.

<sup>49</sup> José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 365-396.

<sup>50</sup> Conrado Hübner Mendes, *op. cit.*, p. 186.

<sup>51</sup> Rosalind Dixon, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, em

entre Poderes – e também entre Cortes nacionais e internacionais –, as teorias dialógicas passam a ganhar destaque, devendo ser melhor compreendidas e discutidas. Do mesmo modo como ocorre com a teoria da “margem de apreciação”, a teoria do diálogo possui uma vertente direcionada à ordem interna – diálogo institucional, entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – e uma externa – diálogo inter-jurisdicional, entre Tribunais nacionais e Tribunais internacionais.

Discussões quanto às articulações entre os Poderes já ocupam, desde há muito, a doutrina norte-americana, sinalizando para a importância de se pensar a atuação dos Tribunais de forma harmônica. Mendes<sup>52</sup> refere que “Bickel, na década de 60, já falava em ‘colóquio contínuo’ (*continuing colloquy*) e em ‘conversa permanente’ (*permanent conversation*). Louis Fisher, em publicações das décadas de 70 e 80, já se referia a ‘diálogos constitucionais’” e também “Bruce Ackerman considera essa imagem para pensar a separação de poderes americana, principalmente pela ideia de ‘dualismo constitucional’ (a variação entre momentos de ‘política normal’ e de ‘política constitucional’)”.

As teorias dialógicas atuais foram influenciadas por tais autores, sendo que “Bickel’s dialogic legacy is evident in a number of contemporary theories of constitutional dialogue, popular in both the United States and Canada, which propose a similar role for the judiciary in relation to questions of principle”.<sup>53</sup>

Tushnet<sup>54</sup> analisa, sob a ótica de uma revisão judicial dialógica, que os seguidores das concepções de Alexander Bickel “se preocupam por que la existencia de una forma fuerte de revisión [...] podría ser incapaz de asegurar el balance adecuado entre autogobierno democrático y el establecimiento de límites sobre lo que las mayorías puedan hacer”, discutindo a questão da dificuldade contramajoritária por ele sustentada.<sup>55</sup>

Sendo assim, diante das tensões que se apresentam a adoção de um constitucionalismo dialógico exige significativas mudanças nos arranjos entre Poderes e

---

Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado. Dixon pontua que “la idea de un diálogo entre Cortes y Legislaturas acerca del sentido último de las normas constitucionales no representa ninguna novedad para los estudiosos del derecho constitucional comparado”, sendo na última década discutido em países como Canadá, Estados Unidos, Grã-Bretanha e Austrália, por exemplo.

<sup>52</sup> Mendes, Conrado Hübner, *op. cit.*, p. 98.

<sup>53</sup> Christine Anabelle Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005, p. 1-88, p. 42.

<sup>54</sup> Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, em Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

<sup>55</sup> Ver Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, em Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.



também demanda modificações em termos de revisão judicial.<sup>56</sup> Defende-se que “essa estrita divisão de funções, sem que haja um diálogo, um compartilhamento entre os diferentes órgãos, acaba por trazer prejuízos ao bom andamento do Estado”,<sup>57</sup> especialmente quando existe a supremacia de algum dos Poderes, pois “la Constitución no puede regular de manera estricta la división de Poderes. No puede escapar de los flujos y reflujos”.<sup>58</sup>

A teoria dos diálogos reconhece, assim, “a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar”,<sup>59</sup> abrindo espaço para que exista uma articulação entre os três Poderes, pautada na deferência e no debate. A linguagem do diálogo, dessa forma, “apela a uma civilizada y respetuosa resolución de conflictos en momentos marcados por los antagonismos políticos”.<sup>60</sup> Contrastando com as teorias da última palavra – nas quais não se nega a possibilidade de que exista, de fato, um diálogo entre os envolvidos e que o mesmo se encerre em um determinado momento, com uma decisão considerada soberana<sup>61</sup> – as teorias dialógicas sustentam que não deve existir um “conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiras na busca do melhor significado constitucional”.<sup>62</sup>

Importante referir que também as teorias envolvendo a ideia de diálogo são criticadas, sendo uma das principais críticas<sup>63</sup> a sua desconexão com a prática da revisão

---

<sup>56</sup> Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, en Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

<sup>57</sup> Maitê Damé Teixeira Lemos e Thiago Heitor da Fontoura Porto, “O Projeto de Lei 8.058/2014 e a perspectiva dialogal: uma nova compreensão da relação entre Poderes?”, em Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Fernando Roberto Schnnor; Kohls, Cleize Carmelinda (Comps.), *Jurisdição Constitucional Aberta: uma análise do PL 8.058/2014*, São Paulo, Max Limonad, v. II, 2016, p. 126.

<sup>58</sup> Conrado Hübner Mendes, “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

<sup>59</sup> Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012. p. 208.

<sup>60</sup> Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, em Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

<sup>61</sup> Mendes, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, São Paulo, 2008, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

<sup>62</sup> Mendes, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, São Paulo, 2008, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, p. 15.

<sup>63</sup> Constata Mendes também que “dizer que a revisão judicial não tem a última palavra, já que as instituições estão dialogando e a história continua, não enfrenta a constatação óbvia

judicial, vez que trabalhariam com condições ideais e não enfrentam a questão de como os órgãos políticos responderão às decisões.<sup>64</sup> Mostra-se imprescindível que o diálogo seja exercido por todos os envolvidos, de boa-fé, para que o mesmo não ocorra apenas em teoria.<sup>65</sup>

Interessante, nesse sentido, a análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e de sua atuação a partir de uma perspectiva dialógica.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105,<sup>66</sup> por exemplo, defende uma abertura ao diálogo e uma relativização da ideia de Judiciário como detentor da última palavra – embora não o faça de fato – salientando que uma das formas de diálogo<sup>67</sup> ocorre quando, “verificando que alguma matéria é malversada, mas que a correção depende de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal [...] se manifesta neste sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser

---

de que nem todos os tipos de diálogo são aceitáveis na democracia e que cada decisão coletiva tem custos e efeitos que precisam de justificativa adequada”. Mendes, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, São Paulo, 2008, Tese Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, p. 17.

<sup>64</sup> Analisa a autora que “an additional problem with all these theories as normative visions of dialogue is that they are not sufficiently connected to how judicial review operates in practice. Even if they provide some attractive prescriptions regarding the role that judges should play in judicial review under ideal circumstances, these prescriptions will have little worth if they are unlikely to be realized in light of the actual positive dynamics of the constitutional system in which judges operate. In this regard, theorists of judicial method do not grapple sufficiently with the question of the extent to which the realization of constitutional dialogue depends not only on judicial action, but also on how the political branches of government respond to judicial decisions in practice”. Christine Anabelle Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005, pp. 1-88, p. 31.

<sup>65</sup> Decisões como a relativa ao direito de antena pelos partidos (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105), à prática da vaquejada (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983/CE, Lei n.º 13.364/16 e Emenda Constitucional n.º 96) e à liberação do uso e fornecimento da fosfoetanolamina (Suspensão de Tutela Antecipada 828, Lei n.º 13.269/2016 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.501) ilustram a questão da existência ou não de um diálogo entre Poderes. Nesse sentido, ver Mônia Clarissa Hennig Leal e Maria Valentina de Moraes, “O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina”, *Revista do Direito*, n. 50, 2016, pp. 34-52.

<sup>66</sup> Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, Relator Ministro Luiz Fux, Julgada em 01 out. 2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em: 03 ago. 2016. p. 89.

<sup>67</sup> Segue o Ministro Roberto Barroso (Brasil, STF, 2015, p. 89) colocando que “a segunda vertente do diálogo institucional, a meu ver, é a devolução da matéria pelo Supremo ao Poder Legislativo [...]. Em vez de dar a última palavra, o Supremo estimula, incentiva o Congresso a prover sobre uma matéria [...]. A terceira e última forma de diálogo institucional, a meu ver, é a superação da jurisprudência, que é precisamente a discussão que nós estamos travando aqui [...]. Devo dizer que a superação de jurisprudência, como é o caso aqui, por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou”.

feita”. Embora na prática não haja a realização desse diálogo, o reconhecimento dessa possibilidade já é um primeiro passo no sentido de compreender que “o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil”.<sup>68</sup>

Assim, “the most promising theories of dialogue are those which are able to propose a unique judicial role that does not privilege the dialogic contributions of judges”<sup>69</sup> em relação às contribuições dos demais Poderes – Executivo e Legislativo. Lembra Friedman,<sup>70</sup> ainda, que “this process of interpreting the Constitution is interactive. It is dialogic. Courts play a prominent role, but theirs is assuredly not the only voice in the dialogue”. A interpretação da Constituição e, consequentemente, sua concretização, não depende, nessa perspectiva dialógica, apenas de um dos Poderes, devendo os mesmos, justamente por meio do diálogo, buscar uma melhor interpretação, especialmente no sentido de promoção de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Pode-se dizer que “la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta”.<sup>71</sup> Um diálogo ideal se caracterizaria, então, pela criação de uma lei pelo Legislativo, a sua declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário e, em razão disso, a adoção de um novo posicionamento pelo Poder Legislativo, tanto no sentido de modificar a lei declarada inconstitucional como de reforçar a constitucionalidade daquela lei, de modo a buscar a melhor decisão.<sup>72</sup>

Pela teoria dialógica, embora o Poder Judiciário – aqui, o Supremo Tribunal Federal – seja o intérprete oficial da Constituição, ele não é o único, devendo ser mais um ator nesse processo. Retira-se do Supremo Tribunal Federal eventual supremacia em relação aos demais Poderes e, ainda, diante da existência de uma proteção internacional de direitos humanos e fundamentais, em relação às decisões proferidas por órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A articulação entre essas duas Cortes deve pautar-se também no diálogo.

Como já referido, o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

---

<sup>68</sup> Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, p. 208.

<sup>69</sup> Christine Anabelle Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005, pp. 1-88, p. 33.

<sup>70</sup> Friedman, Barry, “Dialogue and judicial review”, *The Michigan Law Review Association*, v. 91, 1993, pp. 577-682, p. 658.

<sup>71</sup> Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, em Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

<sup>72</sup> Mark Tushnet, *Idem*.

possuindo, até o presente momento, seis condenações.<sup>73</sup> Nessa relação, a atuação da jurisdição não se esgota, no que se refere à proteção de direitos humanos, no nível interno, vez que, por determinação da Convenção Interamericana, “los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables para los Estados”.<sup>74</sup> Existe, assim, um sistema duplo de proteção desses direitos: “uno de la jurisdicción constitucional, a nivel de cada Estado nacional, mediante los tribunales constitucionales o las cortes supremas [...]; y otro, el de la jurisdicción supranacional, mediante la creación del sistema interamericano de derechos humanos”.<sup>75</sup>

Há que se considerar, frente a essa necessária articulação, que “la relación entre normas internas y externas no siempre es de conflicto, sino de un abanico de posibilidades de relaciones de cooperación”,<sup>76</sup> configurando-se a proteção de direitos como um objetivo comum entre a jurisdição interna e internacional. Desse modo, “la coordinación y el diálogo entre los tribunales internacionales son de gran importancia, pues en muchos aspectos son complementarios los trabajos de tales tribunales”.<sup>77</sup>

Salienta Arroyo<sup>78</sup> que “la relación entre sistemas y el diálogo entre jueces y órganos internacionales es cada vez más constante y visible; no obstante, también refleja situaciones de tensión”, sendo de grande importância discutir esse processo dialógico. Uma das principais ferramentas para tanto é o controle de convencionalidade, pelo qual se declara a compatibilidade de uma lei com relação aos tratados internacionais,<sup>79</sup> podendo o mesmo ser realizado tanto pela Corte, com caráter subsidiário,

---

<sup>73</sup> São elas: Caso Ximenes Lopes, com sentença em 04 de julho de 2006; Caso Escher e outros, com sentença em 06 de julho de 2009; Caso Sétimo Garibaldi, sentença em 23 de setembro de 2009; Caso Gomes Lund e outros, sentença em 24 de novembro de 2010; Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil, com sentença em 26 de outubro de 2016 e Caso Favela Nova Brasília, com sentença em fevereiro do 2017.

<sup>74</sup> Zlata Drnas Clément, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuarta Instancia?”, em Zlata Drnas Clément, *Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 5.

<sup>75</sup> César Landa Arroyo, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005, p. 13.

<sup>76</sup> César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 41.

<sup>77</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade, “Reflexiones sobre los Tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, em *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria - Gasteiz*. Thomson Reuters, 2010, p. 79.

<sup>78</sup> César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 65.

<sup>79</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli, O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 59. Mazzuoli refere que “os próprios tratados de direitos humanos já contêm cláusulas de compatibilização das normas internacionais com as de direito interno, as quais chamamos de “cláusulas de diálogo”, “cláusulas dialógicas” ou “vasos comunicantes” (ou ainda “cláusulas de retroalimentação”). Tais cláusulas interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais

como por juízes nacionais, em controle difuso ou concentrado,<sup>80</sup> contribuindo para que “se implementem no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos”<sup>81</sup>

O conceito de diálogo “ha sido acuñado para describir la interrelación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales, cuestión que tiene lugar en un contexto de proliferación de tribunales”<sup>82</sup> Esse conceito não pressupõe, todavia, a inexistência de situações de conflito, sendo reconhecido pela doutrina que essa relação dialógica pode, sim, ser conflitiva em determinados momentos,<sup>83</sup> como se vê no caso da Lei de Anistia brasileira.

Através do *corpus iuris* interamericano “se pueden establecer las bases de un diálogo, donde el juez interno tiene diversas opciones entre las cuales elegir para concretar este diálogo con la Corte IDH”;<sup>84</sup> contudo, “el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica [...] que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional”.<sup>85</sup> Denota-se, assim, que o conceito de diálogo carrega consigo um “carácter obligatorio y no meramente facultativo, que implica que las elaboraciones o estándares de un tribunal internacional sean imprescindibles para que un tribunal nacional elabore las propias”<sup>86</sup> reforçando a obrigatoriedade de que o Estado faça uma adequação de seu ordenamento interno às normas internacionais. Há que se fazer uma distinção também em relação às diferentes modalidades de diálogo possíveis: o diálogo horizontal,<sup>87</sup> entre Cortes que não se

---

ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se *as duas* prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de antinomia”.

<sup>80</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XIX, 2013 A, pp. 511-553.

<sup>81</sup> Flávia Piovesan, “Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, v. 19, 2012, pp. 67-93. p. 91.

<sup>82</sup> César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 101.

<sup>83</sup> César Landa Arroyo, *Idem*.

<sup>84</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XIX, 2013 A, pp. 511-553, p. 516.

<sup>85</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de convencionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino americano”, *Gazeta Jurídica*, 2013 B, pp. 465-544, p. 482.

<sup>86</sup> César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 102.

<sup>87</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira Alcalá e Liliana Galdámez Zelada, (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante*

encontram relacionadas por obrigações internacionais, de mesma hierarquia e que não guardam relações, e o diálogo vertical,<sup>88</sup> articulação entre distintas jurisdições que compõem um mesmo sistema de proteção e, assim, se relacionam em virtude desse vínculo internacional.

Tem-se uma relação de complementaridade, pois “a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela”;<sup>89</sup> o que deve existir é a união da Constituição e dos Tratados “para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte”.<sup>90</sup> Como ambos os instrumentos se configuram como instrumentos de proteção, devem refletir, igualmente, uma maximização dessa proteção a direitos humanos e fundamentais,<sup>91</sup> o que tende a ocorrer com a realização mais efetiva de um diálogo entre Cortes e entre Poderes, devendo, em cada um dos contextos apresentados, serem consideradas as relações com a soberania estatal diante das articulações entre ordem doméstica e estrangeira, e relativas à separação de poderes e articulação e harmonização entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

## Considerações finais

A relação entre a ordem interna e a internacional é um fator cada vez mais presente nas jurisdições, devendo ser levada a sério na proteção de direitos fundamentais

---

*los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 517. O diálogo horizontal “se desarrolla entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, actúan por persuasión, ya que no deriva de ninguna obligación jurídica internacional ni constitucional”. Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira Alcalá e Liliana Galdámez Zelada, (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 517.

<sup>88</sup> Víctor Bazán, El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, em Víctor Bazán e Claudio Nash, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*, Colombia, Unión Gráfica Ltda, 2012. pp. 17-55, p. 50. É o realizado “entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema”, como sintetiza Bazán.

<sup>89</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 141.

<sup>90</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli, *Idem*.

<sup>91</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 58. Observa também o autor que “aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* (princípio internacional *pro homine*) nada disso ocorre, pois ao se atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana”.

e humanos. O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos traz consigo muitos desafios aos juízes nacionais e exige que conceitos como o de “margem de apreciação” e diálogo jurisdiccional façam parte dos debates relativos à sua atuação.

A teoria da margem de apreciação se apresenta, tanto em nível nacional como internacional, como um espaço à atuação legislativa, devendo, contudo, ser empregada com equilíbrio, a fim de garantir uma efetiva proteção de direitos humanos e o fortalecimento dos sistemas internacionais de proteção. Diante disso, a mesma não pode figurar como uma escusa ao cumprimento de obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

No tocante à margem de apreciação nacional e ao diálogo entre Cortes – no caso interamericana e brasileira –, pode-se considerar que o reconhecimento pela primeira desse espaço de atuação estatal, bem como a interação entre as duas jurisdições, proporciona a integração dos dois sistemas, de forma a otimizar a concretização de direitos de caráter humano e fundamental. Em nível interno, dito reconhecimento, realizado pelos demais Poderes – especialmente judicial – em relação à atuação do legislador e ao diálogo entre Legislativo, Executivo e Judiciário, também permite uma melhor compreensão das formas de efetivação desses direitos na medida em que visa atingir um objetivo compartilhado por todos: a proteção desses direitos consagrados constitucional e convencionalmente.

Nesse contexto, a teoria do diálogo entre cortes constitucionais e entre Poderes desempenha um importante papel, servindo como uma forma de entender a articulação entre as jurisdições e os Poderes, vez que a finalidade perseguida por todos deve ser a melhor concretização de direitos humanos e fundamentais. Sendo assim, quando bem utilizadas, essas duas teorias – da margem de apreciação e do diálogo – são essenciais para se buscar compreender como realizar uma maior proteção e promoção desses direitos, não se configurando a abertura à jurisdição internacional por meio do diálogo como um limitador da soberania estatal e sim como uma ferramenta de proteção de direitos.

## Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XIX, 2013.

\_\_\_\_\_, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de convencionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino americano”, *Gazeta Jurídica*, 2013.

- \_\_\_\_\_, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira ALCALÁ e Liliana Galdámez ZELADA (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014.
- ARAÚJO, Cicero, “*Representação, Retrato e Drama*”, *Lua Nova*, v. 67, 2006.
- ARROYO, César Landa, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016.
- \_\_\_\_\_, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto, “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, (*Syn thesis: caderno do centro de ciências sociais*, v. 5, 2012).
- BAZÁN, Víctor, El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, em Víctor BAZÁN; Claudio NASH, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*, Colombia, Unión Gráfica Ltda., 2012.
- BATEUP, Christine Anabelle, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005.
- BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, Relator Ministro Luiz Fux, Julgada em 01 out. 2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em: 03 ago. 2016
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar, “Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Comentario de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancuaga en el caso del homicidio simple de Luis Almonacid Arellano, Sentencia de fecha 14 de enero de 2013”, *Estudios Constitucionales*, 2013.
- CLÉMENT, Zlata Drnas, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuarta Instancia?”, em Zlata Drnas CLÉMENT, *Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, São José da Costa Rica, 2008, disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_184\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf)
- DIMOULIS, Dimitri e Soraya LUNARDI, *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2011.
- DIXON, Rosalind, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, em Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder*



- judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- ESTAY, José Ignacio Martínez, “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, 2014.
- FRIEDMAN, Barry, “Dialogue and judicial review”, *The Michigan Law Review Association*, v. 91, 1993.
- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, em Roberto GARGARELLA, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo Vientiuno, 2014.
- HARO, Carlos Brokmann, “La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de Derechos Humanos México”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, v. 8, 2008.
- KLATT, Matthias, “Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado”, em Robert ALEXY *et al.* (comps.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, Florianópolis, 2015.
- LARRAÍN, Patricio Zapata, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Jurídica de Chile, 2008.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”, *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, 2014.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Maria Valentina MORAES, “O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina”, *Revista do Direito*, n. 50, 2016.
- LEDESMA, Eréndira Salgado, “La probable inexecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2012.
- LEMONS, Maitê Damé Teixeira e Thiago Heitor da Fontoura PORTO, “O Projeto de Lei 8.058/2014 e a perspectiva dialogal: uma nova compreensão da relação entre Poderes?”, em Mônia Clarissa Hennig LEAL; Fernando Roberto Schnnor ALVES; Cleize Carmelinda KOHLs (comps.), *Jurisdição Constitucional Aberta: uma análise do PL 8.058/2014*, São Paulo, Max Limonad, v. II, 2016.
- MAUS, Ingeborg, “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, *Novos Estudos - Cebrap*, São Paulo, v. 58, 2000.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira, “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

- \_\_\_\_\_, “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, em Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- MONTEIRO, Juliana Ralo, “Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais”, em JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2010.
- NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra e Vladmir Oliveira da SILVEIRA, “O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS*, v. XI, 2016.
- PIOVESAN, Flávia, “Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, v. 19, 2012.
- ROCA, Javier García, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes e Márcio Morais BRUM, “A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?”, *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, v. XV, 2105.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, “Reflexiones sobre los Tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, em *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria - Gasteiz*, Thomson Reuters, 2010.
- TUSHNET, Mark, “Revisión judicial dialógica”, em Roberto GARGARELLA, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- VENZKE, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerativa Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol 34:99, 2011..
- ZAVASCKI, Teori Albino, “Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2014.
- ZELADA, Liliana Galdámez, “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, 2014.

**Gabino González Santos\* (México)**

## **La amenaza se hizo creíble: incidentes de inejecución de sentencia\*\***

### **RESUMEN**

En los últimos años ha disminuido el número de expedientes de incumplimientos de sentencias de amparo radicados en la Suprema Corte de Justicia. Una explicación para ello deriva del cambio en el sistema, pero ello no abarca la totalidad del fenómeno. Una razón adicional se debe a que la Corte comenzó a imponer sanciones con mayor frecuencia. A partir de la teoría de juegos se demostrará la existencia de una correlación entre la disminución de este tipo de casos y el aumento en el número de determinaciones en las que, de hecho, se ha impuesto la sanción.

**Palabras clave:** cumplimiento, Suprema Corte de Justicia, teoría de juegos.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Seit einigen Jahren ist die Anzahl der beim Obersten Gerichtshof anhängigen Verfahren wegen der fehlenden Umsetzung von Rechtsschutzentscheidungen rückläufig. Eine Ursache dafür sind Systemänderungen, die jedoch das Phänomen nicht vollständig erklären. Ein weiterer Grund sind die verstärkt vom Gerichtshof verhängten Sanktionen. Ausgehend von der Spieltheorie soll daher die Korrelation zwischen der Abnahme der Fälle und der Zunahme der Entscheidungen dargelegt werden, in denen tatsächlich Sanktionen verhängt wurden.

**Schlagwörter:** Umsetzung, Oberster Gerichtshof, Spieltheorie.

---

\* Secretario de Estudio y Cuenta (SCJN). Licenciado en Derecho (UMSNH e ITAM); especialista en Argumentación Jurídica (ITAM) y maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). [gabinogonzalezsantos@gmail.com](mailto:gabinogonzalezsantos@gmail.com)

\*\* Agradezco los comentarios del maestro Ignacio Marván Laborde y del doctor Gilles Serra, del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), así como de los maestros Luz Helena Orozco y Villa y Rodrigo Montes de Oca.

## SUMMARY

The number of cases filed in the Supreme Court of Justice for noncompliance with amparo decisions [for the protection of fundamental rights] has fallen in recent years. One explanation for this derives from the change in the system, but this does not cover the entire phenomenon. Another reason is that the Court began to impose sanctions more frequently. Using game theory, it will be demonstrated that there is a correlation between the reduction in these types of cases and the increase in the number of decisions in which, in fact, sanctions have been imposed.

**Key words:** Compliance, Supreme Court of Justice, game theory.

## Introducción

En este ensayo se ofrece una explicación integral de la variación en el comportamiento de las autoridades obligadas a cumplir con las sentencias de amparo, ello respecto de los expedientes que se presentan en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJ), en los últimos diez años.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución, cuando se incumple una sentencia de amparo y no existe alguna razón que justifique esto, debe sancionarse a la autoridad con la destitución del cargo (en caso de que lo siga ocupando) y con la consignación de un proceso penal por la comisión de un delito relativo a dicho incumplimiento.

Si se toma como referencia el número de incidentes de inejecución de sentencia que se radican en la SCJ, se puede advertir una dramática disminución en los últimos años. En 2012, por citar un dato, se registraron 2.727 de estos casos, mientras que en 2017 se presentaron 242 casos. En este ensayo se ofrece una explicación integral de este fenómeno.

Los factores que se advierten como razón del cambio de comportamiento son dos: el cambio en la norma y, adicionalmente –pero no menos importante–, una modificación en la percepción de la autoridad respecto de la imposición de la sanción por parte de los juzgadores; en esta segunda parte se enfocará este trabajo.

En efecto, como se verá, una de las razones de este cambio es la modificación del sistema, que se volvió más rígido a partir de la posibilidad de imponer multas y de precisar con mayor detalle cómo debe llevarse a cabo el proceso de ejecución, todo ello con la instauración de la nueva Ley de Amparo en abril de 2013. El cambio se manifestó, sobre todo, en los siguientes aspectos: el cumplimiento extemporáneo no exime de responsabilidad, el cumplimiento debe ser total, y ante el incumplimiento se establece una sanción intermedia (multa) que puede ser impuesta de manera paulatina (y acumulada) en las distintas fases de cumplimiento de la sentencia de amparo.

No obstante, este cambio normativo no explica la totalidad del fenómeno, sobre todo en un periodo tan corto y con el éxito demostrado. En este sentido, aunado a la

explicación sobre el cambio normativo, se explorará una razón adicional relacionada con la conducta de las autoridades vinculadas al cumplimiento, frente a la amenaza de imposición de sanciones por parte del juzgador.

Para esta segunda explicación se aplicará un sencillo modelo de teoría de juegos, a partir del cual se justificará que la razón del cambio es, aunado al nuevo sistema de cumplimiento, que la amenaza en la imposición de la sanción se hizo creíble, lo que complementa la explicación de este cambio de conducta.

Si se toma la teoría de juegos como base, y se caracteriza el procedimiento de ejecución de sentencia como un juego en el que los jugadores son, por un lado, el juzgador que requiere el cumplimiento de la sentencia de amparo so pena de imponer las sanciones previstas para el incumplimiento, y por otro, la autoridad obligada al cumplimiento y su superior jerárquico, sobre quienes pesa la amenaza de la sanción, se advierte que la conducta de los jugadores responde a la “creencia” de cómo actuará el otro, y, en esa medida, si considera real la amenaza de actuación de la contraparte en el juego, es decir, de la aplicación de la sanción.

Si se aplica esta teoría al caso de los incidentes de inejecución de sentencia, cuando las amenazas de sanción se hicieron creíbles, es decir, cuando el pleno de la SCJ comenzó a sancionar con mayor frecuencia a las autoridades por el incumplimiento, entonces estas comenzaron a modificar sus conductas.

En este sentido, a continuación se presentan, en primer lugar, las condiciones de incumplimiento de casos radicados en la SCJ en el periodo comprendido entre 2009 y 2016, para analizar dicho comportamiento; en segundo lugar, se analizarán los principales cambios normativos al sistema de cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo y sus implicaciones, y, en tercer lugar, se expondrá una explicación adicional al cambio a partir de una elección racional determinada por la propia actuación de uno de los jugadores, en este caso, la Suprema Corte de Justicia, al decidir imponer las sanciones, y, en ese caso, hacer creíbles las amenazas proferidas a los sujetos obligados al cumplimiento.

## **1. Procedimiento de ejecución de las sentencias de amparo**

Los jueces deciden disputas entre partes. La consecuencia que debería ser natural a esta decisión es que las partes cumplan con lo ordenado en la sentencia. Por lo menos, esa es una de las premisas básicas de la ecuación. No obstante, pueden ocurrir situaciones que propicien que ello sea imposible o que, por lo menos, no pueda hacerse conforme a los parámetros decididos por el propio juzgador.

El juicio de amparo no difiere de estas premisas que son aplicables a todos los procesos. En el caso de México, desde la Constitución está establecido el principio según el cual las sentencias de amparo deben cumplirse, aunque se admite también la posibilidad de que ello pueda no hacerse o, en su caso, que eso se haga de una manera distinta a la originalmente decidida.

Es importante precisar que el cumplimiento de las sentencias –en este caso de amparo– es fundamental, pues se constituye como parte integrante del derecho a la justicia, según lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al resolver el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.<sup>1</sup> En los juicios de amparo, los encargados de cumplir con las sentencias son las autoridades, razón por la cual este deber de cumplimiento se encuentra, de alguna manera, reforzado.

Ahora bien, ¿qué sucede en la realidad respecto del cumplimiento de las sentencias de amparo? Si se toma como parámetro de estudio el número total de sentencias de amparo que se emiten en el país, se podría considerar que en una inmensa mayoría se cumplen sin mayores problemas. Pero el cumplimiento en algunos casos resulta extemporáneo, y no es sino hasta que el caso llega a instancias cuyas consecuencias ante el incumplimiento están agravadas, que se cumplen.

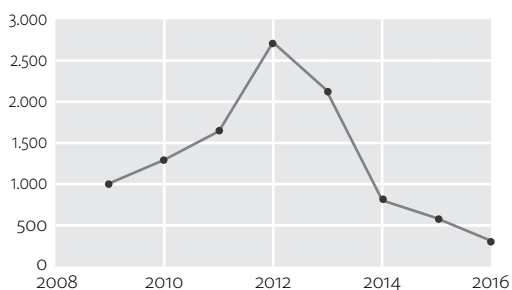
El número de asuntos<sup>2</sup> que en incumplimiento se presentaron en la SCJ entre los años 2009 y 2016 se muestra en la tabla 1, y el gráfico 1 nos permite ver cómo fue creciendo, hasta llegar a un punto máximo, a partir del cual decreció y lo hizo a tasas altas.

En efecto, se observa un crecimiento de los expedientes de inejecución de sentencia radicados en la SCJ entre 2009 y 2012, con un incremento importante en ese último año. Posteriormente, a partir del año 2013 se observa un sensible descenso

**Tabla 1. Número de asuntos en incumplimiento presentados en la SCJ entre 2009 y 2016**

Año	Total de IIS radicados SCJN
2009	1.015
2010	1.316
2011	1.637
2012	2.727
2013	2.150
2014	812
2015	597
2016	327

**Gráfico 1. Incidentes de inejecución radicados SCJN**



Fuente: elaboración propia.

<sup>1</sup> Ernesto Martínez Andreu, “Cumplimiento de sentencia”, en J. Guadalupe Tafuya Hernández (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, CDMX, 2017.

<sup>2</sup> Disponible en: [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/indicadores\\_gestion/documento/2017-06/SGAIG%204T16\\_o.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/indicadores_gestion/documento/2017-06/SGAIG%204T16_o.pdf)

en estos números, hasta llegar en 2016 a un número mucho menor del observado, por ejemplo, en el año 2009 (casi una tercera parte).

A continuación se abordarán las dos explicaciones para este cambio: por un lado, el cambio normativo y, por otro, la modificación en la conducta de las autoridades obligadas, más bien asociado a la percepción de la imposición de la sanción en este tipo de casos por parte de la SCJ.

## 2. El cambio normativo como primera explicación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 107, fracción XVI de la Constitución,<sup>3</sup> si la autoridad incumple una sentencia de amparo, la SCJ podría evaluar si el incumplimiento encuentra o no alguna justificación, en cuyo caso, podría otorgar un plazo mayor para que se cumpla con la sentencia. Sin embargo, si no se considera justificado o se incumple con el plazo otorgado para el cumplimiento, la consecuencia que prevé para la autoridad es su destitución del cargo público, así como la consignación directa a un procedimiento penal.

Aunque esta disposición constitucional prevé que la SCJ imponga la sanción de destitución del cargo y consignación penal, tanto a la autoridad omisa respecto del cumplimiento de la sentencia como a su superior jerárquico, si tras analizar el caso se considera que resulta injustificado el incumplimiento, se debe considerar que ello resulta tras desahogar un procedimiento (previsto en los artículos 192 a 198 de la Ley de Amparo)<sup>4</sup> de ejecución ante el juzgador que concedió el amparo. Este procedimiento presentó modificaciones a partir de la Ley de Amparo vigente desde abril de 2013. A continuación se explicará de una manera acotada este procedimiento para al final concluir con las principales notas de modificación entre este y el anterior sistema.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> “XVI. Si la autoridad incumple la sentencia que concedió el amparo, pero dicho incumplimiento es justificado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el procedimiento previsto por la ley reglamentaria, otorgará un plazo razonable para que proceda a su cumplimiento, plazo que podrá ampliarse a solicitud de la autoridad. Cuando sea injustificado o hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiese cumplido, procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito. Las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria”.

<sup>4</sup> Además de la regulación contenida en el Capítulo Tercero de la Ley de Amparo, denominado Cumplimiento y Ejecución, el sistema de cumplimiento se encuentra regulado en el Acuerdo General Plenario 10/2013, emitido por el Tribunal Pleno de la Corte, así como en las jurisprudencias del Pleno, con registros del IUS números 2007915, 2007917 y 2007918.

<sup>5</sup> Para un análisis más detallado del procedimiento de cumplimiento y ejecución en la nueva ley de amparo y el contraste con la anterior, ver José Ramón Cossío *et al.*, *La nueva ley de amparo*, México, Porrúa, 2015.

Una vez que una sentencia en la que se concedió el amparo causa estado, es decir, queda en firme, bien porque no fue impugnada o porque al serlo fue confirmada en la revisión, el juez o tribunal que la emitió solicitará su cumplimiento a la autoridad o autoridades involucradas.

En ese mismo acuerdo requerirá al superior jerárquico de dicha autoridad para que ordene a esta que cumpla. Se les hará saber, a ambos, que en caso de no cumplir, se les podría imponer una multa que va de 100 a 1000 unidades de medida de actualización,<sup>6</sup> que equivalen aproximadamente a 8.000 pesos en la sanción mínima y hasta 80.000 pesos en la condición más agravada, y que de persistir el incumplimiento se les podría separar de su cargo e iniciárseles un procedimiento penal por la comisión del delito de incumplimiento de sentencia de amparo, que implica una pena de prisión de 5 a 10 años, conforme a lo previsto en el artículo 267, fracción I de la Ley de Amparo.

Es importante destacar que en este primer acto, es decir, el requerimiento de cumplimiento, el juzgador debe precisar claramente qué debe hacer la autoridad para cumplir con la sentencia. En la medida en que sea claro el requerimiento, se precise lo que deberá hacer la autoridad requerida y el fundamento para ello, se evitará que en algún momento se reponga el procedimiento para que se especifique cualquiera de estas condiciones.

La ley prevé que se otorgue un plazo de tres días para que la autoridad cumpla con la sentencia. Este plazo, sin embargo, puede ampliarse si el cumplimiento resulta complejo, o reducirse si resulta urgente.

Una vez que transcurre el plazo concedido y no se cumple o, cuando menos, no se demuestra estar en vías de cumplimiento de la sentencia, el juez debe multar, tanto a la autoridad como a su superior jerárquico, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores. luego de impuesta dicha sanción, se ordenará la apertura del incidente de inejecución, lo que implica turnar el asunto a una instancia superior para que continúe con el procedimiento.

En este punto se debe hacer un paréntesis. Como se ha visto, este procedimiento se instauró en la Ley de Amparo vigente a partir de abril de 2013. En la anterior ley<sup>7</sup> no estaba prevista la imposición de multas, ni tampoco cuántas veces debía requerirse el cumplimiento de la sentencia a la autoridad responsable o a la vinculada. Ello propiciaba, por un lado, que los procedimientos fueran muy largos, ya que se requería en demasiadas ocasiones, y, por otro, y dado que no existían multas, que no hubiera incentivos para que las autoridades cumplieran con la sentencia de amparo.

Ahora bien, dado que existen dos tipos de juicio de amparo (indirecto y directo) cuya tramitación es distinta, los procesos de ejecución también son diferentes. En el caso del amparo indirecto, quien conoce y resuelve es un juez de Distrito y la revisión se presenta ante el Tribunal Colegiado de Circuito, quien define los aspectos

---

<sup>6</sup> Artículo 258 de la Ley de Amparo.

<sup>7</sup> Ello se encontraba regulado en los artículos 105 y ss. de la anterior Ley de Amparo.



de legalidad y, si subsisten temas de constitucionalidad que ameriten ser resueltos por la Corte, esta los determinará en definitiva. El caso de los amparos directos es distinto; quien conoce y resuelve este tipo de juicio de amparo es un Tribunal Colegiado, y se prevé una revisión que conoce y resuelve la Corte, pero solo de manera excepcional, cuando subsiste un tema de constitucionalidad que sea importante y trascendente.

Para efectos de este trabajo resulta importante la distinción, ya que en el caso del juicio de amparo indirecto, si el juez agotó el procedimiento de ejecución, ordenó imponer la multa y la autoridad no ha cumplido, entonces se debe abrir el procedimiento de inejecución de sentencia, para lo cual se envían los autos al Tribunal Colegiado de Circuito para que continúe con el trámite. En esta fase, el juez sigue requiriendo e incluso multando a la autoridad omisa en el cumplimiento.

El Tribunal admite el procedimiento de inejecución, ordena requerir tanto a la autoridad como a su superior jerárquico y realiza un estudio sobre el procedimiento de ejecución. Si considera que este se efectuó de manera adecuada, entonces realiza un proyecto de sentencia de destitución del cargo y consignación al proceso penal, mismo que remite junto con el expediente a la SCJ para que resuelva en definitiva sobre la aplicación de la sanción.

Puede, por otro lado, considerar que el procedimiento de ejecución no fue adecuado, bien porque no hubo la precisión debida en el requerimiento o las condiciones de este no fueron adecuadamente definidas, por ejemplo, al no fijarse una cantidad por pagar, o que lo hubiere sido de manera inadecuada, o que no se hubiere requerido a las autoridades que realmente les competía llevar a cabo el cumplimiento. En todos estos casos, y, por supuesto, en los que se considere que el procedimiento de ejecución no fue apropiado, entonces se debe ordenar reponerlo para que se lleve de forma adecuada. Lo anterior, por supuesto, bajo la lógica de que no puede reputarse a la autoridad la falta de cumplimiento, si el procedimiento de ejecución, por algún motivo, no se desahogó de manera apropiada.

Si aun con el requerimiento del Tribunal Colegiado y los múltiples requerimientos que se siguen haciendo en el juzgado la autoridad es omisa respecto del cumplimiento, se ordena remitir el expediente a la SCJ, en donde se le turna a un ministro ponente para que analice el caso y proponga una resolución.

En términos muy similares a lo que ocurre cuando el caso llega a un tribunal colegiado, en la Corte se vuelve a verificar el procedimiento de ejecución para validar que todo se haya desahogado conforme a derecho. En caso de que ello sea así, entonces debe analizarse si existe una causa justificada para el incumplimiento de la sentencia de amparo. En este caso, si se considera que sí existe una justificación, se otorga un plazo para el cumplimiento, pero, en caso contrario, se propone la destitución y consignación a un juez penal para que la autoridad omisa enfrente un proceso penal por la comisión de un delito previsto en la Ley de Amparo.

Por otro lado, para el caso del procedimiento del juicio de amparo directo, ante el incumplimiento de la sentencia, el propio tribunal que concede el amparo, tras

haber multado a la autoridad y al superior jerárquico, envía el expediente a la SCJ, que evaluará, en los mismos términos previstos en los párrafos anteriores, para determinar si procede o no aplicar la sanción.

Ahora bien, es necesario destacar que existen tres diferencias fundamentales entre el sistema de cumplimiento vigente, descrito brevemente párrafos atrás, y el anterior sistema.

1. El cumplimiento de las sentencias de amparo es total, y solo se entenderá cumplida una sentencia cuando lo sea en su totalidad, sin excesos ni defectos. Esto fortalece no solo el sistema de cumplimiento y ejecución, sino que coadyuva a que los justiciables no tengan que interponer nuevos recursos o, incluso, un nuevo juicio de garantías, pues el órgano que concedió el amparo deberá hacer un análisis mucho más escrupuloso para verificar si se cumplió o no con el fallo. En el anterior sistema ello implicaba que podría declararse cumplida una determinación de amparo, cuando era parcialmente cumplida o estaba en vías de cumplimiento.
2. La imposición de sanciones por el cumplimiento extemporáneo. En efecto, a partir del nuevo sistema de ejecución de las sentencias de amparo se prevé que el cumplimiento extemporáneo, si es injustificado, no exime de responsabilidad, aunque sí constituye una atenuante para la imposición de la sanción. Sobre este aspecto es importante destacar que dado que no existía una sanción que debiera asignarse por el acatamiento tardío de las sentencias de amparo en el sistema vigente hasta abril de 2013, ello provocó que la sede de cumplimiento de las sentencias en muchos casos fuera la SCJ y no los órganos jurisdiccionales que concedían el amparo y que en principio debían velar por su observancia.
3. Por último, es igualmente importante destacar que en el nuevo sistema de cumplimiento y ejecución deberá suplirse tanto la deficiencia de la vía como de los argumentos hechos valer por el quejoso, lo que supone que en todos los procedimientos involucrados en el cumplimiento, entre ellos el incidente de inejecución, deberá analizarse siempre el fondo que materialmente prevalezca sin perjuicio de si los argumentos expresados por el quejoso atienden o no al punto central del debate o tan siquiera combaten o no realmente los actos relacionados con el acatamiento.

A partir de estos tres puntos es posible concluir que el sistema de cumplimiento previsto en la ley de amparo vigente a partir de 2013 contempla un sistema más garantista y preocupado por el acatamiento de las sentencias de amparo, a la par que implica un procedimiento más estricto y rígido para la autoridad vinculada al cumplimiento. No obstante, el cambio normativo no explica completamente el cambio en la conducta de la autoridad.

### 3. Una explicación adicional a partir de la teoría de juegos y la elección racional

Una manera de estudiar la sociedad, y en concreto el comportamiento humano, es a través de la elección racional. Campos como la economía o la ciencia política han utilizado este método para aproximarse a diversas áreas de estudio. Este tipo de análisis supone que las personas toman decisiones de manera racional, coherente y buscando obtener el mayor de los provechos de estas, que calculan las posibles consecuencias de sus actos, utilizan la información a su alcance, y tratan de anticipar las actuaciones de los demás.

Así, un individuo racional busca maximizar la satisfacción de sus deseos usando sus recursos disponibles. Consideramos que alguien es racional cuando tiene objetivos claros, lucha por alcanzarlos y calcula las posibles consecuencias de sus actos. La teoría de juegos es una rama de las matemáticas que busca racionalizar un contexto de interacción entre individuos, a partir de establecer un valor por las acciones que llevan a cabo. Esta teoría, sin embargo, se ha extendido a ramas como la economía o la ciencia política.

El intercambio o la interacción entre los participantes del juego se puede caracterizar como un conflicto estratégico, en el que la estrategia es “un plan de acción que responde a las reacciones de otros”.<sup>8</sup> En este sentido, las decisiones de los individuos están afectadas no solo por sus propios designios sino, sobre todo, a partir de las acciones de los demás.<sup>9</sup>

Así, en este intercambio resulta fundamental para los jugadores considerar las opciones que tiene el individuo con el que se interactúa y, sobre todo, tratar de “predecir” qué acciones tomará en el futuro. Esta predicción sobre qué curso de acción tomará es, precisamente, lo que precede a su propio comportamiento. En otros términos, si tomamos en cuenta que las personas son racionales, en un contexto de interacción entre individuos actuarán de acuerdo con las consecuencias que, anticipan, harán los demás jugadores, y el valor y las consecuencias que ello conlleve en cada caso.

La decisión de un individuo, en un juego, está condicionada a si considera que el otro jugador es racional, y para decidir qué hacer, si la “amenaza” que en su caso pueda infligir uno a otro es o no creíble. La recompensa de tomar una u otra decisión, en combinación con la probabilidad de que actúe de una u otra forma, es lo que guía su actuación. En este sentido, la teoría de juegos es un método para predecir comportamientos. Es importante señalar que esta teoría prevé que, dado que los

---

<sup>8</sup> Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 54.

<sup>9</sup> Cfr. VV.AA., *Teoría de juegos y derecho contemporáneo*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 4.

jugadores son racionales y entre ellos se saben racionales y saben que saben esto, en este sentido, no funcionan las amenazas que no son creíbles.

Ahora bien, para trasladar esta teoría al tema de estudio que nos ocupa es preciso establecer las condiciones del juego a través de definir los siguientes elementos: cuáles son las decisiones de cada uno de los jugadores, cuál es la secuencia del juego, cuáles serían las posibles combinaciones de actuaciones que podrían darse en esta interacción y cuáles son las preferencias de los jugadores y, en su caso, el orden de estas.

En relación con las decisiones de los jugadores, para el caso de la SCJ, son tres las que puede adoptar ante un caso en que se ha incumplido con la sentencia de amparo: 1) si existe alguna justificación para el incumplimiento de la sentencia de amparo, otorga un plazo para que se cumpla; 2) si el procedimiento de ejecución no se hubiere llevado a cabo adecuadamente, debe reponerse y corregirse en algún punto, para que la sentencia de amparo sea exigible, y 3) si no existe justificación en el incumplimiento de la sentencia de amparo y, dado que se llevó a cabo adecuadamente el procedimiento de ejecución, entonces procede aplicar la sanción prevista en la constitución para el incumplimiento de las sentencias de amparo, esto es, la destitución del cargo, y, en su caso, la consignación ante un juez penal, para que se lleve a cabo el procedimiento penal por el delito previsto en el artículo 207 de la Ley de Amparo.

Por lo que hace al otro jugador involucrado, es decir, la autoridad obligada al cumplimiento de la sentencia, sus posibilidades de acción son también tres: 1) cumplir con lo ordenado en la sentencia, lo que puede hacer en cualquier momento del procedimiento, aun cuando ello le puede acarrear alguna consecuencia, como puede ser la imposición de alguna multa; 2) puede ocurrir que lleve a cabo ciertos actos de cumplimiento y aduzca que existe imposibilidad para cumplir la sentencia de amparo en sus términos, o que dada su dificultad es necesario contar con más tiempo para llevar a cabo lo exigido en la resolución; 3) la autoridad decide incumplir con la sentencia de amparo, decisión del jugador en la que es irrelevante la razón por la cual incumple, es decir, si ello responde al desdén, desconocimiento o, en su caso, si la autoridad de manera consciente decide incumplir, ello tratando de llevar el sistema a su límite, aduciendo que resulta justificado el incumplimiento y, por tanto, que el Pleno de la Corte lo exculpará.

La secuencia del juego viene determinada por el procedimiento de cumplimiento de la sentencia de amparo, al cual se hizo una referencia más detallada en el apartado anterior. Es decir, una vez que se otorga un amparo (según sea la sede, juzgado o tribunal) se requiere el cumplimiento y, ante la falta de atención por parte de la autoridad, se revisa por una instancia superior tanto el procedimiento de ejecución como el que las condiciones de exigibilidad de la sentencia sean las adecuadas (determinación, por ejemplo, de una cantidad cierta en caso de que hubiere que restituir, y, en general, que esté claramente planteado lo que tiene que hacer la autoridad para que se considere cumplida la sentencia). Una vez llevado a cabo este análisis, se requiere por última vez a la autoridad y a su superior jerárquico y, ante el

incumplimiento, se ordena la destitución de ambos, en caso de que sigan ocupando la titularidad del cargo, y la consignación a un juez penal, por la comisión del delito de incumplimiento de la sentencia de amparo.

Los posibles resultados que podrían darse según las combinaciones son los siguientes:

1. Que el juzgador requiera el cumplimiento y la autoridad cumpla la sentencia de manera oportuna.
2. Que el juzgador requiera el cumplimiento y la autoridad incumpla la sentencia, en cuyo caso el juzgador impone una primera sanción (multa) y requiere de nuevo; ante la imposición de la multa, decide cumplir con la sentencia.
3. Que el juzgador requiera el cumplimiento y la autoridad incumpla con la sentencia; en este caso, que el juzgador imponga una primera sanción (multa) y que requiera de nueva cuenta el cumplimiento. Ante este nuevo requerimiento, la autoridad insiste en incumplir, y entonces, el juzgador impone la sanción más grave, es decir, la separa de su cargo, y la consigna para que se lleve a cabo el proceso penal.

En cuanto a las preferencias de cada jugador, y el orden de estas, para el caso del juzgador, son: 1) que la sentencia se cumpla de manera oportuna, 2) que se cumpla tras la imposición de la multa (sanción intermedia) y 3) que se imponga la sanción más grave, es decir, que se destituya a la autoridad y que se le imponga la sanción penal. Es este también el orden de preferencias del jugador: prefiere que se cumpla, que ello suceda tras la imposición de una multa y, finalmente, que se imponga la sanción más grave.

Como ejemplo de esto último veamos el caso de omisión legislativa respecto de la emisión de la ley que regula la publicidad oficial (amparo en revisión 1359/2015, de la Primera Sala de la SCJ). En este caso la autoridad obligada al cumplimiento de la sentencia era el Congreso de la Unión, por lo que resulta evidente que de haber llegado a enfrentar un procedimiento de inejecución, el costo de destituir al Congreso de la Unión resultaba, evidentemente, alto.

Para el caso de la autoridad, la preferencia respecto de su actuación se podría reconstruir en los siguientes términos: 1) debemos considerar que aquellas sentencias de amparo cuyo cumplimiento no implica un costo elevado para la autoridad son cumplidas de manera inmediata, pero dado que este estudio se basa en el incumplimiento, no serán tomadas en cuenta. Pero, respecto de aquellas sentencias que sí pueden implicar un coste significativo, la autoridad tiende a aplazar el cumplimiento, y prefiere ser multada antes de ser destituida. En cualquier caso, como se verá más adelante, todo ello va en función, además, de la creencia que tienen sobre si el otro jugador les impondrá la sanción más grave.

En este sentido, dependerá de la predicción que la autoridad haga sobre el comportamiento de la SCJ para imponer la sanción, lo que determinará las condiciones

de cumplimiento. Si la autoridad percibe que no es creíble que les serán impuestas las sanciones más graves, y dado que el pago por incumplir es mayor, entonces no cumplirá. Por otro lado, si considera creíble la amenaza, tenderá a cumplir.

Como se verá en el siguiente apartado, esto fue precisamente lo que aconteció en la realidad o, por lo menos, los números sobre incumplimiento que hemos visto así nos lo indican.

#### 4. La amenaza se hizo creíble

Hasta abril de 2018, en la SCJ se ha impuesto la sanción más grave por incumplimiento de sentencia de amparo en 42 casos.<sup>10</sup> De estos, 40 fueron incidentes de inejecución de sentencia, una inconformidad y un incidente de inejecución derivado de un incidente de repetición del acto reclamado. Todos estos casos relacionados con el incumplimiento de las sentencias de amparo, algunos de ellos respecto de las mismas autoridades. De este universo de casos, 23 fueron bajo la aplicación de la nueva ley de amparo, mientras que en 19 se aplicó la anterior ley. En algunos casos se destituyó, mientras que en otros ello no resultó necesario, dado que quienes fueron sancionados ya habían dejado de ocupar el cargo en el momento de la emisión de la resolución.

Entre las autoridades sancionadas se encuentran algunas electas democráticamente, sobre todo municipales, y, en menor medida, locales y federales. A continuación presentamos la información relativa al número de casos resueltos y el tiempo en que se hizo.<sup>11</sup>

Hasta antes de 2011, la SCJ emitió sanciones solo en cuatro ocasiones en los años de 1990,<sup>12</sup> 1997,<sup>13</sup> 2000<sup>14</sup> y 2002.<sup>15</sup> Desde el año 2002 y hasta finales de 2011, no se impuso sanción a ninguna autoridad, pese al creciente número de incumplimientos. El 7 de noviembre de 2011 se resolvieron dos casos.<sup>16</sup> En 2012 se resolvieron nueve casos.<sup>17</sup> Al

---

<sup>10</sup> En el siguiente enlace se puede acceder a un cuadro detallado de cada uno de estos 41 asuntos: <https://www.dropbox.com/s/inanee2876np099n/Tabla.doc?dl=0>

<sup>11</sup> Las versiones públicas de las resoluciones que se relacionarán pueden ser consultadas en internet en el siguiente enlace: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>

<sup>12</sup> Incidente de inejecución de sentencia (en adelante IIS), 7/1987.

<sup>13</sup> IIS 31/1997.

<sup>14</sup> IIS 163/1997.

<sup>15</sup> IIS 210/2000.

<sup>16</sup> IIS 889/2011 y 819/2011.

<sup>17</sup> Inconformidad 428/2010, y los incidentes de inejecución 1109/2012, 1057/2012, 843/2012, 838/2012, 800/2012, 767/2012 y 675/2012, estos siete últimos casos respecto de una misma autoridad, así como el incidente 573/2012.

siguiente año, en 2013, se resolvieron tres más.<sup>18</sup> Para 2014 se resolvieron otros tres.<sup>19</sup>

En 2015 se impuso la sanción en quince casos,<sup>20</sup> once de los cuales eran respecto de una misma autoridad. En el año 2016 no se presentaron casos. Al año siguiente, en 2017, se resolvieron dos casos,<sup>21</sup> entre ellos quizás el más relevante en cuanto a la autoridad sancionada fue el delegado en Venustiano Carranza, en la Ciudad de México. Finalmente, en 2018 –por lo menos hasta abril–, la SCJ ha resuelto sancionar a las autoridades en tres casos más (tabla 2, gráfico 2).<sup>22</sup>

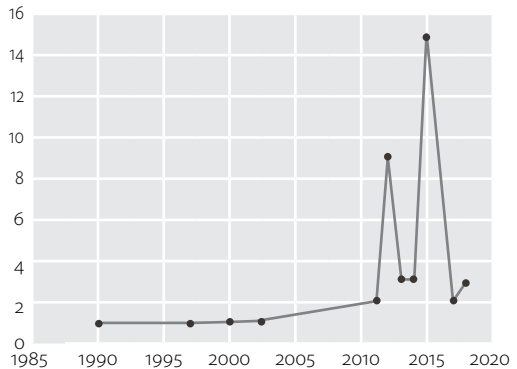
A partir de estos elementos podemos obtener algunas conclusiones relevantes. Solo en el 34% de los expedientes en que se impuso sanción ello se hizo antes de la entrada en vigor de la Ley de Amparo que preveía un sistema más rígido de cumplimiento. Lo anterior, en un periodo de 22 años. Solo en los años 2009, 2010 y 2011 se acumularon 3,968 expedientes de incumplimiento en la SCJ.

**Tabla 2. Sanciones emitidas por la Suprema Corte de Justicia**

Año	Número de expedientes en los que se sancionó
1990	1
1997	1
2000	1
2002	1
2011	2
2012	9
2013	3
2014	3
2015	15
2017	2
2018	3

Fuente: Estadística SCJN.

**Gráfico 2. Expedientes en los que se sancionó, por año**



Fuente: elaboración propia.

<sup>18</sup> IIS 394/2013, 860/2013 y 573/2013.

<sup>19</sup> IIS 1010/2009, 1858/2013 y 1566/2013.

<sup>20</sup> Incidentes 580/2014, 4/2014, 117/2015, 125/2015, y respecto de la misma autoridad los siguientes once expedientes: 65/2015, 120/2015, 667/2014, 110/2015, 180/2015, 710/2014, 752/2014, 7/2015, 99/2015, 766/2014 y 14/2015.

<sup>21</sup> IIS 289/2015 y 296/2016.

<sup>22</sup> IIS 105/2017, 1882/2013 y 1/2016.

El resto de los casos en los que se emitió sanción, es decir, el 66% de los expedientes de sanción, se resolvieron con posterioridad a que entrara en vigor la nueva Ley de Amparo. De acuerdo con las cifras reportadas en la tabla 1, el número de expedientes fue creciendo hasta alcanzar un pico en el año 2012, con 2.727 asuntos; al año siguiente, descendió un poco el número, y para el año 2014 había descendido de manera radical. Así, mientras que en el año 2012 se reportaron 2.727 asuntos, cuatro años después se presentarían 327 expedientes.

De los 41 asuntos en los que se ha impuesto la sanción más grave, el 46% fueron tramitados bajo la vigencia de la anterior ley, mientras que el 54% se tramitaron bajo la nueva ley. Si solo el cambio en la ley explicara el fenómeno, entonces la inmensa mayoría de estos 41 casos deberían ser asuntos en los que resultara aplicable la nueva ley. Por otro lado, advertimos que el pleno de la Corte comenzó a sancionar con mayor frecuencia desde finales de 2011 y en 2012, es decir, antes de la entrada en vigor de la nueva ley. En este lapso resolvió 11 casos, es decir el 26%.

Resulta igualmente revelador que entre el lapso que transcurrió del 11 de febrero de 2002 hasta el 7 de noviembre de 2011, no se impuso ninguna sanción, lo que contrasta con el hecho de que en la última parte de este lapso, es decir, entre 2009 y 2011, el número de incumplimientos crecía a un ritmo importante, según reportan las cifras estudiadas. Lo anterior indica la existencia de una correlación entre uno y otro comportamiento. Esto es, cuando la SCJ no sancionaba a las autoridades omisas, creció notablemente el incumplimiento, mientras que cuando se comenzó a sancionar –más o menos a la par de que cambió el sistema de cumplimiento por la nueva ley–, bajó dramáticamente el número de asuntos radicados en la SCJ por incumplimiento de sentencias de amparo.

En este sentido y volviendo a la aplicación de la teoría de juegos al caso concreto, se puede advertir que la amenaza de la imposición de la sanción se hizo creíble. En consecuencia, y dado que las autoridades obligadas al cumplimiento actúan de manera racional en esta interacción, y era evidente que podrían resultar sancionadas por su incumplimiento, ello propició que se cumplieran en mayor número estos asuntos, lo que indefectiblemente condujo a la reducción de su número.

## Conclusión

Como se ha visto a lo largo de este ensayo, han existido variaciones importantes en el número de asuntos que la Suprema Corte de Justicia ha conocido por incumplimientos de sentencias de amparo en los últimos años. Se advierte un crecimiento importante en el número de sentencias que se incumplían, pero a la vez se observa que la SCJ no imponía sanciones en esos casos. En parte, ello respondía a un sistema de cumplimiento más flexible (si acaso tolerante) previsto en la anterior Ley de Amparo, pero también a la falta de interés en emitir sanciones por parte de la Suprema Corte de Justicia.



La norma se modificó y entró en vigor un sistema de cumplimiento más rígido, que preveía, además de la sanción grave, la imposición de sanciones intermedias (multas) y sobre todo que el cumplimiento tardío de las sentencias de amparo sí tendría consecuencias. No obstante este cambio, y como los números claramente lo indican, adicional a la implementación de este nuevo sistema, no fue sino hasta que la Suprema Corte comenzó a imponer sanciones que las autoridades modificaron su comportamiento –de desdén– hacia el cumplimiento de las sentencias de amparo.

Se resalta, además, la importancia de la utilización de herramientas analíticas que usualmente no se usan en derecho. Así, la utilización de la teoría de juegos u otra más, como la de la elección racional, ayudaron a explicar, desde otro punto de vista, temas relacionados con el derecho.

## **Bibliografía**

- COOTER, Robert y Thomas ULEN, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- COSSÍO, José Ramón *et al.*, *La nueva ley de amparo*, México, Editorial Porrúa, 2015.
- TAFOYA, J. Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017.
- VV.AA., *Teoría de juegos y derecho contemporáneo*, México, Editorial Porrúa, 2009.

**Alan E. Vargas\* (Bolivia)**

## **Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia**

### **RESUMEN**

Para verificar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema, se partirá de la premisa esencial de que la actual configuración del bloque de constitucionalidad constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con anterioridad por el Tribunal Constitucional boliviano, para luego examinar el redimensionamiento del mismo en el Estado constitucional de derecho, a la luz del pluralismo y la interculturalidad como nuevos paradigmas en la interpretación, a través de la inserción de valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional vigente en el país, con especial referencia a los principales pronunciamientos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

**Palabras clave:** bloque de constitucionalidad, control de convencionalidad, jurisprudencia interamericana.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Bei der Darlegung des Themas aus der Perspektive von Lehre und Rechtsprechung wird von der Grundprämisse ausgegangen, dass die derzeitige Zusammensetzung des Verfassungsblocks den Anspruch erhebt, die Leitlinien der zuvor vom bolivianischen Verfassungsgericht entschiedenen Rechtsprechung widerzuspiegeln. Anschließend untersucht der Beitrag die Veränderungen im Verfassungsblock, die im Verfassungsstaat im Einvernehmen mit den neuen Paradigmen von Pluralismus und Interculturalität durch die Einführung der pluralen Werte und der obersten Grundprinzipien der gültigen Verfassungsordnung des Landes unter besonderer Berück-

---

\* Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Docente de la Universidad Salesiana de Bolivia (USB). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales ([www.abec.org.bo](http://www.abec.org.bo)); Secretario Académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional. [alanvargas4784@gmail.com](mailto:alanvargas4784@gmail.com)

sichtigung der wichtigsten Entscheidungen des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte erfolgen.

**Schlagwörter:** Verfassungsblock, Kontrolle der Vertragskonformität, interamerikanische Rechtsprechung.

## SUMMARY

In order to verify the doctrinal and jurisprudential development of the subject, this analysis will be based on the essential premise that the current configuration of the constitutional block constitutes a reaffirmation of the jurisprudential lines previously established by the Bolivian Constitutional Court. It will then examine the reconsideration of those lines in the constitutional state governed by the rule of law, in light of pluralism and interculturality as new paradigms of interpretation, through the insertion of plural values and supreme guiding principles of the current constitutional order in the country, with special reference to the principal pronouncements of the inter-American system for the protection of human rights.

**Key words:** Constitutional block, conventionality control, inter-American jurisprudence.

## 1. Concepto y alcances de su desarrollo jurisprudencial

Debemos comenzar recordando a Francisco Rubio Llorente (1930-2016), quien en su estudio introductorio del bloque de constitucionalidad precisaba que en la doctrina de Francia –país en donde se originó el *bloc de constitutionnalité*, por una resolución del Consejo Constitucional francés, el 8 de julio de 1966– se utiliza este término para designar al conjunto de normas –integrado por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de esta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social– que el Consejo Constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las normas.<sup>1</sup>

Por su parte, Germán Bidart Campos (1927-2004) sostenía que “el bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de la Constitución documental”<sup>2</sup> Para

<sup>1</sup> Francisco Rubio Llorente, *El Bloque de la Constitucionalidad. Simposium franco-español de Derecho Constitucional*, Universidad de Sevilla, Madrid, Civitas, 1991, p. 105. Asimismo, los materiales de consulta disponibles en internet, correspondientes a algunas de las publicaciones más importantes del profesor español Francisco Rubio Llorente (en el periodo 1958-2016), pueden verse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=978891>

<sup>2</sup> Germán Bidart Campos, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264. Una página que presenta los registros bibliográficos existentes en Dialnet,

Mónica Arango, el bloque de constitucionalidad son “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.<sup>3</sup>

Sobre la base de lo anterior, es posible deducir que son parte del bloque de constitucionalidad aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad.<sup>4</sup>

Una síntesis de estos criterios se encuentra plasmada precisamente en el texto de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando dispone que “el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país” (art. 410, pará. II constitucional).

Este precepto referido al bloque de constitucionalidad, ciertamente constituye una reivindicación de las líneas jurisprudenciales establecidas con bastante anterioridad por la jurisprudencia constitucional,<sup>5</sup> dado que el Tribunal Constitucional,

---

correspondientes a publicaciones del profesor argentino Germán Bidart Campos (en el periodo 1959-2003), puede consultarse en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=272680>

<sup>3</sup> Mónica Arango Olaya, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Precedente*, 2004, p. 1. Disponible en: <http://bit.ly/1mTdiw2>. La autora fundamenta su concepto de bloque de constitucionalidad en la Sentencia C-225/1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en las sentencias C-578-95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358/1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-191/1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>4</sup> Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considere que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual “las normas constitucionales no son solo aquellas que aparecen expresamente en la Carta, sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”. Ello, básicamente significa que la existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la constitución escrita, son materialmente constitucionales. Es así que, dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución (por remisión expresa o tácita de esta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), *Bloque de constitucionalidad en México*, México D.F., 2013, pp. 17-18).

<sup>5</sup> Desde el año 2001, el Tribunal Constitucional de Bolivia, asumiendo una posición de activismo judicial respecto a la protección de los derechos humanos, ha definido que *los tratados, convenciones o pactos internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad*, por lo que, los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos forman parte del catálogo de derechos fundamentales previsto por la Constitución; de manera

en su primera época, en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Constitucional 0045/2006 de 2 de junio, había precisado que la teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, y se extendió luego a los países europeos, para ser asimilada en Latinoamérica; se entiende que dicha teoría expone que *aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal*; así, las jurisdicciones constitucionales agregan a su Constitución, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, normas a las que conceden ese *valor supralegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

De ahí que, la jurisdicción constitucional boliviana ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la Sentencia Constitucional 1420/2004-R, de 6 de septiembre, en la que establece lo siguiente:

conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

Este entendimiento fue previamente desarrollado en la Sentencia Constitucional 1662/2003-R de 17 de noviembre, en la que expresó:

este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la Constitución (de 1994), ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de *habeas corpus* y amparo constitucional conforme corresponda.

---

que en ese contexto pueden ser invocados por las personas y tutelados por las autoridades (cfr. sentencias constitucionales: SC 95/2001, SC 1662/2003-R y SC 0102/2003). Cabe anotar que una primera sistematización de la jurisprudencia constitucional más relevante (en el ámbito tutelar), establecida por el Tribunal Constitucional de Bolivia en sus primeros años de labor jurisdiccional (1999-2002), puede encontrarse en la obra de: Willman Durán Ribera, *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional (en la protección de los derechos fundamentales)*, Santa Cruz, Editorial El País, 2003. Asimismo, respecto al bloque de constitucionalidad y su incidencia en los procesos de inconstitucionalidad, es de enorme utilidad consultar el trabajo de Edgar Carpio Marcos, "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 4, julio-diciembre 2005, pp. 79-114.

De la jurisprudencia glosada se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados; entonces, queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos que han sido previamente ratificados por el Estado boliviano, y están destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, por lo que se constituyen en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

## **2. Redimensionamiento del bloque de constitucionalidad en Bolivia**

Ampliando los criterios jurisprudenciales precedentemente expuestos, y respecto a los elementos del sistema interamericano de derechos humanos que también conforman el bloque de constitucionalidad en Bolivia, el Tribunal Constitucional pronunció una sentencia, a través de la cual entendió que los elementos normativos y las decisiones jurisdiccionales que emanen de este sistema no son aislados e independientes del sistema legal interno, dado que la efectividad en cuanto a la protección de los derechos fundamentales solamente está garantizada en tanto y cuanto el orden interno asuma, en lo referente a su contenido, los alcances y efectos de estas normas y decisiones emergentes del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Finalmente, el Tribunal concluyó que al ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) el último y máximo garante en el plano supranacional del respeto de los derechos humanos, el objeto de su competencia y las decisiones que en ejercicio de ella emanan constituyen piedras angulares para garantizar efectivamente la vigencia del Estado constitucional, que contemporáneamente se traduce en el Estado social y democrático de derecho, y que tiene como uno de sus ejes principales, entre otros, precisamente la vigencia de los derechos humanos y la existencia de mecanismos eficaces que los hagan valer. Es por esta razón que las sentencias emanadas de la Corte IDH ahora forman parte del bloque de constitucionalidad y fundamentan no solamente la actuación de los agentes públicos, sino también subordinan en cuanto a su contenido a toda la normativa infraconstitucional vigente (véase Sentencia Constitucional 110/2010-R de 10 de mayo de 2010).

En resumen, y conforme se ha detallado en la Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 de 25 de abril de 2013, el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia está compuesto por los siguientes compartimentos: 1) la Constitución como norma positiva; 2) los tratados internacionales referentes a derechos humanos; y 3) las normas comunitarias; sin embargo, en el marco de una interpretación progresiva, acorde con el principio de unidad constitucional

y enmarcada en las directrices principistas del Estado Plurinacional de Bolivia, debe establecerse además que los valores plurales supremos del Estado, como ser el vivir bien, la solidaridad, la justicia, la igualdad material, entre otros, forman parte del bloque de constitucionalidad en un componente adicional, el cual se encuentra amparado también por el principio de supremacía constitucional.

Conforme a lo expuesto, se puede inferir que la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado constitucional de derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad. La inserción en el bloque de constitucionalidad de valores plurales y principios supremos rectores del orden constitucional tiene una relevancia esencial, ya que merced al principio de supremacía constitucional aplicable al bloque de constitucionalidad boliviano operará el fenómeno de constitucionalización, no solamente en relación con normas supremas de carácter positivo, sino también en relación con valores y principios supremos rectores del orden constitucional. Este aspecto, en definitiva, consolidará el carácter axiomático de la Constitución Política del Estado aprobada en 2009.

En este redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho, se colige que a la luz del vivir bien, la justicia y la igualdad como principios y valores plurales supremos que forman parte del bloque de constitucionalidad imperante irradiarán de contenido todos los actos de la vida social, consagrando así los postulados propios del Estado constitucional de derecho (véase Sentencia Constitucional Plurinacional 0683/2013 de 3 de junio de 2013).

En definitiva, y en una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia está compuesto –de manera enunciativa y no limitativa– por los siguientes elementos: 1) la Constitución como norma jurídica; 2) los tratados y convenciones internacionales destinados a la protección de los derechos humanos; 3) las normas de derecho comunitario ratificadas por el país; 4) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como máximo garante del respeto a los derechos humanos en el plano supranacional; y 5) los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional.

### **3. La doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad**

En mérito al entendimiento jurisprudencial establecido a partir de la Sentencia Constitucional 110/2010-R de 10 de mayo, en el sentido de que las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para el Estado Plurinacional de Bolivia y forman parte del bloque de constitucionalidad, corresponde hacer una breve referencia a la naturaleza y el alcance de la doctrina del control de convencionalidad establecida precisamente por la jurisprudencia interamericana, para su aplicación en el contexto boliviano.

A este efecto, debemos comenzar por señalar que el “control de convencionalidad” es un tema que ha adquirido bastante notoriedad en los últimos años, pero que, sin embargo, data desde la vigencia misma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención), dado que ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte IDH en cada una de sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a la CADH cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno; de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la “inconventionalidad”, por ejemplo, modificando la norma cuestionada.

Así, también es el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales, cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no solo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la CADH, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte IDH, al decidir en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto. Es así como, en el ámbito de los derechos humanos, tuvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969), para que gracias a la importante conceptualización efectuada en el año 2003 por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte, y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad.

Por tanto, en esta materia –concluye Brewer Carías<sup>6</sup>– solamente existirían dos cuestiones relativamente nuevas: 1) la afortunada acuñación de un término como ha sido el de “control de convencionalidad”, que Sergio García Ramírez propuso en su voto razonado a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, de 25 de noviembre de 2003; y 2) la clarificación de que dicho control de convencionalidad se efectúa en dos vertientes, dimensiones o manifestaciones: por un lado, a nivel internacional por la Corte IDH, y por el otro, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.

Estas dos vertientes fueron explicadas por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el voto razonado emitido en relación con la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, cuando efectuó una comparación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considerando que la función de la Corte Interamericana se asemejaba a la de los tribunales constitucionales cuando juzgan la inconstitucionalidad de las leyes y demás actos normativos conforme a las reglas,

---

<sup>6</sup> Cfr. Allan Brewer-Carías, “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de Amparo de los Derechos Humanos”, ponencia presentada en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “El control de convencionalidad y su aplicación”, San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/2rpbzn4>



los principios y valores constitucionales, agregando que dicha Corte analiza los actos de los Estados que llegan a su conocimiento “en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”; y que si bien “los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”.<sup>7</sup>

Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad que realizan los órganos jurisdiccionales internos, de acuerdo con lo expresado por el mismo García Ramírez en la referida sentencia, estos

procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática [en cambio] el tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la Convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

A raíz de estas reflexiones, quedó claro en el mundo internacional de los derechos humanos que bajo la misma denominación de control de convencionalidad se han venido ejerciendo dos tipos de controles, por dos tipos de órganos jurisdiccionales distintos ubicados en niveles diferentes: uno en el ámbito internacional y otro en el ámbito nacional, y con efectos jurídicos completamente distintos, lo que amerita realizar algunas puntualizaciones sobre uno y otro, a efecto de poder precisar con mayor detalle algunas perspectivas del control (difuso) de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en Bolivia.

#### **4. Surgimiento y desarrollo de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad**

La doctrina del control de convencionalidad surge en el año 2006,<sup>8</sup> en el Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile, ocasión en la cual la Corte IDH precisó que

el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder

---

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Tibi *vs.* Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>8</sup> Con anterioridad existen referencias al “control de convencionalidad” en algunos votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez. Véanse sus votos en los casos Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso Tibi *vs.* Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; Caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, párrs. 6 y 12.

Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>9</sup>

El citado precedente –agrega el jurista mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>10</sup>– fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. En efecto, en este fallo se invoca el criterio del Caso Almonacid Arellano sobre el “control de convencionalidad” y lo “precisa” en dos aspectos: 1) procede “de oficio” sin necesidad de que las partes lo soliciten; y 2) debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.

Entonces, de acuerdo con lo expuesto, se puede inferir que desde el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos o características:

a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública; y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.<sup>11</sup>

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: La Cantuta vs. Perú (2006);<sup>12</sup> Boyce y otros

---

<sup>9</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125.

<sup>10</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos – Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca y Danish International Development Agency (Danida), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7: Control de Convencionalidad*, 2014, p. 6. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162, párr. 173.

*vs. Barbados* (2007);<sup>13</sup> *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008);<sup>14</sup> *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009).<sup>15</sup>

Posteriormente, los alcances del control de convencionalidad fueron reiterados en las siguientes sentencias: *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010);<sup>16</sup> *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010);<sup>17</sup> *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010);<sup>18</sup> *Rosendo Cantú y Otra vs. México* (2010);<sup>19</sup> *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia* (2010);<sup>20</sup> *Vélez Loor vs. Panamá* (2010);<sup>21</sup> *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010);<sup>22</sup> *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010).<sup>23</sup>

Al año siguiente, los estándares sobre el control de convencionalidad fueron citados en los siguientes casos: *Gelman vs. Uruguay* (2011);<sup>24</sup> *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011);<sup>25</sup> *López Mendoza vs. Venezuela* (2011);<sup>26</sup> *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina* (2011).<sup>27</sup>

---

<sup>13</sup> Corte IDH, Caso *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 169, párr. 79.

<sup>14</sup> Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 186, párr. 180.

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209, párr. 339.

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 213, párr. 208, nota 307.

<sup>17</sup> Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 214, párr. 311.

<sup>18</sup> 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, párr. 234.

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso *Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216, párr. 219.

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia de 1º de septiembre de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 217, párr. 202.

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso *Vélez Loor vs. Panamá*, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 218, párr. 287.

<sup>22</sup> 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. 106.

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 225.

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, párrs. 193 y 239.

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227, párrs. 164, 165 y 172.

<sup>26</sup> Corte IDH, Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233, párrs. 226-228.

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238, párrs. 93, 94 y 113.

Un año más tarde, con mayores y menores matices, la doctrina jurisprudencial sobre el control de convencionalidad fue reiterada en los siguientes casos: *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012); *Furlan y Familiares vs. Argentina* (2012); *Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012); *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012); *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* (2012); *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012). Asimismo, al año siguiente, la línea jurisprudencial fue reiterada en tres sentencias: *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013); *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México* (2013); *J. vs. Perú* (2013).

En el año 2014, la Corte incluyó su jurisprudencia sobre el control de convencionalidad en cuatro sentencias, en los casos: *Liakat Ali Alibuk vs. Surinam*; *Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*; *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*; *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*.

De igual manera, en el año 2015, la jurisprudencia sobre el control de convencionalidad fue reiterada en cuatro sentencias: *López Lone y otros vs. Honduras*; *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*; *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*; *García Ibarra y otros vs. Ecuador*.<sup>28</sup>

#### 4.1. Fundamento normativo del control de convencionalidad

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad se requiere precisar cuál es el origen de su obligatoriedad, es decir, su fundamento, lo cual resulta imprescindible para entender la importancia de realizar dicho control y para señalar que su ausencia implica que los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional.

Así, vemos que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1., 2 y 29 de la CADH.

De la lectura integrada de dichos artículos –agrega Claudio Nash– se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser guía en la actuación de los Estados, y que estos deben tomar todas las medidas para asegurar el respeto, la protección y la promoción de dichos derechos. En este sentido, desde esta comprensión se ha concebido el concepto de control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados parte de efectuar no solo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia,

---

<sup>28</sup> Toda esta evolución y desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad ahora puede verse ampliamente detallada en la obra de Juana María Ibáñez Rivas, *Control de convencionalidad*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la Academia, núm. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 51-68. Libro completo disponible en: <https://goo.gl/dJ8KWv>

sino de integrar en el sistema de sus decisiones, las normas contenidas en la CADH y los estándares desarrollados por la jurisprudencia.<sup>29</sup>

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH (arts. 1.1 y 2º). Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se le reconocen en la Convención. Es decir, el Estado se encuentra obligado a crear condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la CADH. Finalmente, se trata de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, lo que constituye también otro de los fundamentos del control de convencionalidad en las normas del derecho internacional público, que ha sido recogido por la Corte IDH en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, párr. 125).

Asimismo –agrega Claudio Nash–, la necesidad de realizar un control de convencionalidad de las normas emana de los principios del derecho internacional público. En particular, el principio de *ius cogens* “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte, da cuenta del compromiso que deben tener los Estados que han suscrito la CADH, de realizar un control de convencionalidad con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales. Este imperativo de derecho internacional público debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados. De los principios del derecho internacional público emana también el hecho de que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales.

En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar un goce pleno y efectivo a los derechos y las libertades consagrados en la Convención incluye la de adecuar la normativa no convencional existente.

## 4.2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La jurisprudencia de la Corte IDH ha pasado por varias etapas en el desarrollo del concepto de control de convencionalidad, y analizar esta evolución es fundamental para entender el actual sentido y alcance de esta labor; a este efecto, resulta muy útil la diferenciación de etapas de evolución de la jurisprudencia interamericana

---

<sup>29</sup> Cfr. Claudio Nash Rojas, “Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 489-509.

realizada con gran acierto por el profesor Claudio Nash en su citado estudio sobre el control de convencionalidad.

Se debe recordar que cuando el juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto razonado, en el Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* hace por primera vez alusión al control de convencionalidad, se pone de relieve la importancia que tiene para el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados el análisis del funcionamiento del Estado en su conjunto, y que en este análisis la Corte IDH hace un control de convencionalidad de las actuaciones del mismo.

#### **4.2.1. Primera etapa**

Existe una primera etapa en que se delinearón los aspectos generales de la figura del control de convencionalidad, ocasión en la cual se señaló que el poder judicial debe realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que parece una posición prudente y clarificadora de la naturaleza diversa que tiene esta figura de aquel ejercicio propio del derecho constitucional. Asimismo, se avanza en indicar que este control incluye la interpretación que ha hecho la Corte IDH de las obligaciones internacionales del Estado, lo que es un dato relevante, ya que en muchos sistemas internos esta es una cuestión muy debatida.<sup>30</sup>

#### **4.2.2. Segunda etapa**

Avanzando en la evolución de su jurisprudencia, la Corte IDH estableció que el control debe ejercerse incluso de oficio por la magistratura local, y aclaró que este se debe hacer dentro del ámbito de competencias y funciones de aquella. Cabe destacar que esta aproximación de la Corte IDH es relevante desde el punto de vista de la legitimidad del sistema, ya que toma en consideración la organización interna del Estado y permite un funcionamiento coherente del sistema. La Corte IDH no impone un sistema, pero sí establece cuáles son las obligaciones que tiene el intérprete, cualquiera sea el sistema constitucional nacional.<sup>31</sup>

#### **4.2.3. Tercera etapa**

En una tercera etapa de análisis, la Corte IDH va más allá y señala que el control de convencionalidad compete a cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incorporando lo que se había señalado anteriormente

---

<sup>30</sup> Véase Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154, párr. 124.

<sup>31</sup> Véase 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.

acerca de la importancia de que este control se realice en el ámbito de competencias de cada magistratura. Esta apertura hacia los órganos competentes para efectuar el control permite la inclusión de los tribunales constitucionales y reafirma la idea de que todo juez debe practicar este control con independencia de sus características particulares. Es relevante destacar que este control difuso no lo puede imponer la Corte IDH.<sup>32</sup>

#### 4.2.4. Cuarta etapa

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública; es decir, se amplía el espectro desde el poder judicial a todos los órganos públicos, a propósito del análisis de la compatibilidad de una ley de amnistía aprobada democráticamente, con las obligaciones que impone la CADH.<sup>33</sup>

## 5. Ámbitos de aplicación del control de convencionalidad

El control de convencionalidad puede ser desarrollado en dos ámbitos: en el ámbito nacional y en el internacional.

- a) Precisamente, una de las modalidades en que se desarrolla este tipo de control se manifiesta en el *plano internacional*, y se deposita en la Corte IDH que la ha venido desplegando desde el comienzo efectivo de su práctica contenciosa, aunque solo en época reciente la ha bautizado como “control de convencionalidad”.

Esta tarea –según Víctor Bazán– consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, y dispone en consecuencia (por ejemplo) la reforma o la abrogación de dicha práctica o norma, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo. Igualmente procederá el control, en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 de la CADH) para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención, para lo cual la Corte, por vía jurisdiccional, impone al Estado tomar medidas legislativas o de otro carácter para satisfacer semejante finalidad.

---

<sup>32</sup> Véase Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220, párr. 225.

<sup>33</sup> Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221, párr. 239.

Esto significa que, en el ámbito internacional, es la Corte IDH la que ejerce el control de convencionalidad propiamente tal, esto es, un control que permite la expulsión de las normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten a su conocimiento. Es relevante destacar que, como se ha señalado, esto se hace efectivo, por ejemplo, a través de la supresión de normas locales opuestas a la CADH, como ha ocurrido con la declaración de incompatibilidad de leyes de amnistía con las obligaciones que impone la Convención.<sup>34</sup>

- b) Asimismo, cuando el control se despliega en sede nacional, se encuentra a cargo de los magistrados locales (involucrando también a las demás autoridades públicas –según lo ha entendido recientemente la Corte IDH–) y consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado al respecto, en aras de la cabal tutela de los derechos elementales del ser humano. En resumen, esto significa que se efectúa una interpretación de las prácticas internas, a la luz o al amparo del *corpus juris* interamericano, que es capital en materia de derechos humanos, acerca del cual aquel ejerce competencia material.

Desde este ángulo –concluye Bazán<sup>35</sup>–, el control de convencionalidad es un dispositivo que –en principio y siempre que sea adecuadamente empleado– puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales. Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y, en no pocas ocasiones, genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurisdiccionales conozcan el citado bloque jurídico de derechos humanos (bloque de constitucionalidad) y el acervo jurisprudencial de la Corte IDH, y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios soberanistas a la hora de concretarlo.

En otras palabras, en el ámbito interno, el control de convencionalidad es realizado por los agentes del Estado y principalmente por los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) al analizar la compatibilidad de las normas internas

---

<sup>34</sup> Corte IDH, *Casos Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, 26 de septiembre de 2006, párrs. 105-114; *La Cantuta vs. Perú*, 29 de noviembre de 2006, párrs. 167 y ss.; *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, 24 de noviembre de 2009, párrs. 129-131; *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párrs. 238-239.

<sup>35</sup> Cfr. Víctor Bazán, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2º semestre 2011, pp. 63-104. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906378>



con la CADH. Sin embargo, las consecuencias de este análisis dependen de las funciones de cada agente estatal y, por tanto, esto no implica necesariamente la facultad de expulsar normas del sistema interno. Un modelo determinado de control de constitucionalidad o convencionalidad no podría ser impuesto por la Corte IDH.

Teniendo claro esto –dice Claudio Nash<sup>36</sup>–, se puede afirmar que *lo que sí están obligados a hacer los jueces y todos los funcionarios del Estado es a interpretar las normas internas de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado, y que les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente*, sea por vía de preferencia de la norma internacional, mediante un ejercicio hermenéutico, o por otras vías que pudiera establecer el derecho interno.

Entonces, considerando los ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad, es posible sostener que se trata de una figura que viene a concretar la obligación de garantía, mediante un ejercicio hermenéutico que consiste en la verificación que realizan la Corte IDH y todos los agentes estatales acerca de la adecuación de las normas jurídicas internas a la CADH y a los estándares interpretativos desarrollados en la jurisprudencia de dicho tribunal, aplicando en cada caso concreto aquella interpretación que se ajuste a las obligaciones internacionales del Estado y que dé efectividad a los derechos consagrados convencionalmente.

### 5.1. El ejercicio del control de convencionalidad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014, de 25 de febrero de 2014, en el marco de nuestro sistema constitucional, y la interpretación de los derechos y las garantías, ha establecido que los jueces, tribunales y autoridades administrativas tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad en nuestro país, de acuerdo con el siguiente entendimiento:

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

En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión –ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad– y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y

<sup>36</sup> Nash Rojas, *op. cit.*, p. 492.

en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además, al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el marco de lo señalado precedentemente, es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no solo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a efectuar el control de convencionalidad, a efecto de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los Convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ambos casos, los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a las normas de la Ley Fundamental y las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, cuando dicha interpretación no es posible, formular, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta.

Posteriormente, la SCP 0572/2014, de 10 de marzo de 2014, complementa este entendimiento al establecer expresamente que:

tanto el principio de constitucionalidad (art. 410 de la CPE) como el de convencionalidad (arts. 13. IV y 256 de la CPE) –que en mérito al bloque de constitucionalidad previsto en el art. 410 de la CPE, queda inserto en el de constitucionalidad– exigen a las autoridades interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional. Los jueces y tribunales, bajo esa perspectiva, en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

De igual manera, en la SCP 0006/2016, de 14 de enero de 2016 –a tiempo de precisar los criterios para la interpretación de los derechos fundamentales–, se hizo

referencia al control de convencionalidad<sup>37</sup> para resolver la problemática planteada en el caso; de ahí que, intentando sistematizar la jurisprudencia más relevante sobre el tema, cita la SCP 0783/2015-S1 de 18 de agosto, que con relación al bloque de convencionalidad señaló:

En el orden de ideas expuesto, toda vez que de acuerdo al art. 13.IV de la CPE, los derechos fundamentales deben ser interpretados de acuerdo al bloque de convencionalidad imperante, es decir en el marco del contenido de los tratados internacionales referentes a derechos humanos, es evidente que en virtud a esta pauta, deben aplicarse las mismas de interpretación para derechos plasmados en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que forma parte del bloque de constitucionalidad del Estado Plurinacional de Bolivia y que en su contenido esencial, reconoce la esencia jurídica del principio *pro homine*, pauta a partir de la cual, en el marco de favorabilidad y eficacia máxima de los derechos fundamentales, la teoría constitucional ha desarrollado el principio *pro actione*, el cual está destinado precisamente a resguardar una vigencia real de los derechos fundamentales, siendo el encargado de ese rol el contralor de constitucionalidad, por ser este en los Estados miembros del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el último y máximo garante de los derechos fundamentales.

Entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional vinculante, todas las autoridades –pero sobre todo los jueces y tribunales– están obligados a analizar si las disposiciones legales que aplicarán en los casos concretos son compatibles con los pactos internacionales sobre derechos humanos, e incluso con la jurisprudencia emanada de la Corte IDH; vale decir, que deben efectuar un verdadero *control*

---

<sup>37</sup> Cabe señalar que la SCP 0972/2014 de 27 de mayo, sobre el control de convencionalidad, recoge los razonamientos de la SCP 1617/2013 de 4 de octubre, señalando que “deben mencionarse a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: la interpretación *pro persona* (*pro homine*) y la interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión –ya sea que esté contenida en la Constitución o en las normas del bloque de constitucionalidad– y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los pactos internacionales sobre derechos humanos), tienen el deber de –ejerciendo el control de convencionalidad– interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; obligación que se extiende, además, al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*”.

*de convencionalidad*,<sup>38</sup> garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad.

## Conclusiones preliminares

En el desarrollo del presente trabajo se ha intentado vislumbrar la trascendental importancia del bloque de constitucionalidad que, en el caso de Bolivia, está conformado, además del texto de la Constitución, por todos aquellos tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos que, habiendo sido ratificados por el Estado Plurinacional, estén destinados a la promoción, protección y vigencia de los derechos humanos, lo que se constituye en un parámetro efectivo de constitucionalidad.

Por otro lado, es importante resaltar que en el marco de la nueva visión del constitucionalismo del Estado Plurinacional de Bolivia, la jurisprudencia constitucional ha realizado un redimensionamiento del bloque de constitucionalidad y del Estado constitucional de derecho a la luz del pluralismo y la interculturalidad, insertando en el mismo bloque los valores plurales y los principios supremos rectores del orden constitucional, así como las decisiones jurisdiccionales que emanen del sistema interamericano de derechos humanos.

En consecuencia, y como producto de una interpretación sistemática, extensiva y acorde con el valor axiomático de la Constitución desarrollado por la jurisprudencia

---

<sup>38</sup> Por último, cabe poner de relieve que la jurisprudencia interamericana en sentido estricto (esto es, los criterios establecidos por la Corte IDH como intérprete de la Convención Americana y de otros tratados de la región, que han sido acogidos por varios Estados) ha influido crecientemente en los ordenamientos internos. Esa jurisprudencia posee carácter vinculante *inter partes*, obviamente, en lo que toca a la solución específica de una controversia, pero también *erga omnes* en lo que atañe a la interpretación de la norma invocada o aplicada, con respecto a los Estados parte en un litigio y a todos los restantes que se hallan bajo el imperio del mismo orden convencional. La admisión de este último efecto, verdaderamente relevante, ha sido afirmada por el propio Tribunal incluso en lo que concierne a sus opiniones consultivas, cuyo carácter vinculante no fue sostenido en anteriores pronunciamientos. Esta afirmación deriva de las observaciones expresadas por la Corte a propósito del control de convencionalidad, en la Opinión Consultiva OC-21/14, en cuya oportunidad la Corte consideró “necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que indudablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014, párrs. 110-114, 150, 280, 123-149. Disponible en: [http://www.CorteIDH.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.CorteIDH.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf). Citado por Sergio García y Julieta Morales, “Hacia el *ius commune* interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 2016, núm. 20, pp. 433-463. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15>).

constitucional, se ha establecido que el bloque de constitucionalidad imperante en el Estado Plurinacional de Bolivia está compuesto por diversos elementos que refuerzan su aplicabilidad, dado que además de la Constitución como norma jurídica, los tratados y las convenciones internacionales destinados a la protección de los derechos humanos, y las normas de derecho comunitario ratificadas por el país, también forman parte de este bloque de constitucionalidad; igualmente, las sentencias emitidas por la Corte Interamericana como máximo garante del respeto de los derechos humanos en el plano supranacional, así como los principios y valores plurales supremos inferidos del carácter intercultural y del pluralismo axiomático contemplado en el orden constitucional vigente en Bolivia.

En ese marco, cabe dejar establecido que el Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme a su configuración constitucional y a la naturaleza de sus atribuciones, está facultado para realizar el control de constitucionalidad por mandato de la Constitución, pero también está obligado a realizar un adecuado control de convencionalidad por mandato de la Convención y la Corte IDH. Ello significa que este órgano no se encuentra autorizado para declarar la “inaplicabilidad” de normas constitucionales que se hallan vigentes y que son de cumplimiento obligatorio, para gobernantes y gobernados, en virtud de la *fuera normativa* de la Constitución; así como tampoco se halla habilitado para declarar la aplicación preferente de un instrumento internacional de protección de los derechos humanos, sin haber sustentado jurídicamente la incompatibilidad manifiesta de dicho instrumento con la normativa interna, o la necesidad de protección de un derecho humano expresamente consagrado, en procura de resguardar el *efecto útil* de la CADH.

## Bibliografía

- ARANGO, Mónica, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Precedente*, 2004, p. 1. Disponible en: <http://bit.ly/1mTdiw2>.
- BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2º semestre 2011, pp. 63-104. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3906378>
- BIDART, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de Amparo de los Derechos Humanos”, ponencia presentada en el evento organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “El control de convencionalidad y su aplicación”, San José, Costa Rica, 27-28 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://bit.ly/2rpbzn4>

- CARPIO, Edgar, "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, núm. 4, julio-diciembre 2005, pp. 79-114.
- CORTE IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 154.
- \_\_\_\_\_, 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).
- \_\_\_\_\_, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 162.
- \_\_\_\_\_, Caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 169.
- \_\_\_\_\_, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 186, párr. 180.
- \_\_\_\_\_, Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209.
- \_\_\_\_\_, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 213.
- \_\_\_\_\_, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 214.
- \_\_\_\_\_, Caso Fernández Ortega y Otros vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 215.
- \_\_\_\_\_, Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 216.
- \_\_\_\_\_, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Sentencia de 1º de septiembre de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 217.
- \_\_\_\_\_, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 218.
- \_\_\_\_\_, 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.
- \_\_\_\_\_, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 220, párr. 225.
- \_\_\_\_\_, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, núm. 221.
- \_\_\_\_\_, Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227.

- \_\_\_\_\_, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 233.
- \_\_\_\_\_, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 238, párrs. 93, 94 y 113.
- \_\_\_\_\_, Opinión Consultiva OC-21/14, "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional", 19 de agosto de 2014. Disponible en: [http://www.CorteIDH.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seriea\\_21\\_esp.pdf](http://www.CorteIDH.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf)
- CORTE IDH – Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca y Danish International Development Agency (Danida), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7: Control de Convencionalidad*, 2014, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>
- DURÁN, Willman, *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional (en la protección de los derechos fundamentales)*, Santa Cruz, Editorial El País, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", *Revista Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>
- GARCÍA, Sergio y Julieta MORALES, "Hacia el *ius commune* interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 2016*, núm. 20, pp. 433-463. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.15>
- IBÁÑEZ, Juana María, *Control de convencionalidad*, Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la Academia, núm. 1, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2017, pp. 51-68.
- NASH, Claudio, "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2013, pp. 489-509.
- RUBIO, Francisco, *El Bloque de la constitucionalidad. Simposium franco-español de Derecho Constitucional*, Universidad de Sevilla, Madrid, Civitas, 1991.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Oacnudh) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), *Bloque de constitucionalidad en México*, México D.F., 2013.

**Daniel Felipe Ospina-Celis\* (Colombia)**

## **El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas**

### **RESUMEN**

La relación entre las ramas Legislativa y Judicial debe propugnar a su colaboración armónica sin eliminar la separación de poderes. No en vano cada órgano tiene funciones regladas, que debe desempeñar de la mejor manera. Esto, sin embargo, no se opone a que, con miras a cumplir los fines del Estado, el Judicial le recomiende al Legislativo la promulgación de una determinada norma. En el presente texto se analizan las sentencias de la Corte Constitucional en las que exhorta al Congreso de la República a que legisle y cumpla lo legislado.

**Palabras clave:** cumplimiento de sentencias, sentencias de exhorto, colaboración armónica.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Das Verhältnis von Legislative und Judikative sollte auf eine harmonische Zusammenarbeit ausgerichtet sein, ohne dadurch die Gewaltenteilung aufzuheben. Nicht umsonst wurden jedem Organ klar geregelte Funktionen übertragen, die es optimal erfüllen muss. Dem widerspricht keineswegs, dass die Judikative der Legislative die Annahme bestimmter Normen zur Erfüllung staatlicher Aufgaben empfiehlt. Der vorliegende Text untersucht die Urteile des Verfassungsgerichtshofs, in denen der Kongress zur Verabschiedung von Gesetzen und zur Gewährleistung ihrer Umsetzung aufgefordert wird.

**Schlagwörter:** Umsetzung von Urteilen, Rechtsersuchen, harmonische Zusammenarbeit.

---

\* Estudiante de Derecho y asistente de investigación de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). [df.ospina11@uniandes.edu.co](mailto:df.ospina11@uniandes.edu.co)



## SUMMARY

The relationship between the legislative and judicial branches should advocate for their harmonious collaboration without eliminating the separation of powers. It is not for nothing that each body has regulated functions, which it should perform in the best manner. This, however, does not preclude the judicial branch from recommending that the legislative branch promulgate a certain law with a view to fulfilling the purposes of the State. This text analyzes Constitutional Court decisions that exhort the Congress of the Republic to legislate and to comply with what has been legislated.

**Key words:** Compliance with decisions, decisions of exhortation, harmonious collaboration.

## Introducción

El principio de división de poderes no se fundamenta únicamente en la necesidad de evitar la tiranía; también se trata de un mecanismo que permite el adecuado funcionamiento del Estado al separar sus funciones y especializar la actividad de cada órgano. Si bien los diferentes órganos estatales tienen, *grosso modo*, funciones separadas e independientes, es importante que colaboren de manera armónica para cumplir los fines trazados por la Constitución y la ley. Así las cosas, las ramas del poder público deben funcionar en conjunto, más allá del papel de control mutuo que desempeñan. Desde el mismo texto constitucional se reconoce que cada órgano del Estado ejerce funciones distintas, pero que colaboran armónicamente<sup>1</sup> en la realización de los fines del Estado. En Colombia, una de las formas de colaboración armónica entre las ramas es el exhorto de la Corte Constitucional al Congreso de la República para que legisle sobre una materia en particular. En el presente artículo sostendré que dicho exhorto no es un mecanismo eficiente para proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos y la supremacía de la Constitución de 1991 porque, la mayoría de las veces, el Legislativo no cumple lo requerido por el juez constitucional.

Así, primero, revisaré el marco teórico de las omisiones legislativas, los mecanismos que existen para enfrentarlas y la manera como lo ha hecho la Corte Constitucional colombiana. Acto seguido, expondré la metodología de análisis cuantitativo utilizada en la investigación y los parámetros para seleccionar el material de estudio. Por último, examinaré los resultados, mostrando cómo ha actuado el Congreso de la República en los casos en que el tribunal constitucional lo ha exhortado a legislar, cuántas veces y en qué porcentaje ha realizado lo solicitado, cuánto ha tardado en regular la materia y en qué temas ha habido la necesidad de exhortarlo nuevamente.

---

<sup>1</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 113.

## 1. Las omisiones legislativas

En los Estados constitucionales modernos está claro que la principal función del legislativo es hacer leyes. Para esto, las constituciones suelen darle amplias facultades y libertades, toda vez que “la ley es la expresión por excelencia de la voluntad popular”.<sup>2</sup> Ahora bien, parece apenas lógico que el texto de la ley no pueda ir en contra de lo establecido en la constitución. Como bien afirma Ferrajoli, existen reglas sustantivas (los derechos fundamentales y los derechos sociales) que establecen obligaciones al legislador.<sup>3</sup> Esto circunscribe la esfera de lo *indecidible*<sup>4</sup> –lo que no está permitido decidir– y de lo *indecidible que no* –lo que no está permitido no decidir–.<sup>5</sup> Lo que esté por fuera de estos ámbitos es lo que se entiende por libertad de configuración legislativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, la labor legislativa no solo tiene límites formales como el procedimiento legislativo (en Colombia, la Ley 5 de 1992), sino sustantivos (los derechos fundamentales recogidos en la constitución). A esto se suma una obligación por parte del legislativo: garantizar los derechos fundamentales y sociales –lo que Ferrajoli llama “lo que no está permitido no decidir”<sup>6</sup>– para materializar el texto constitucional. Entonces, no se trata únicamente de una prohibición de vulnerar la constitución, sino de una obligación de regular los asuntos que contemplen derechos constitucionales.

Hay veces, sin embargo, en las que el órgano legislativo no realiza adecuadamente su función y sobrepasa los límites formales o sustantivos de su actuar. Por eso “se ha conferido a los tribunales constitucionales una serie de competencias para invalidar la disposición mediante la cual se quebrantan estos límites”.<sup>7</sup> A través del control de constitucionalidad de las leyes (en Colombia, la acción pública de inconstitucionalidad) se ha permitido que los tribunales constitucionales revisen la constitucionalidad de los actos realizados por el legislativo. Es importante mencionar que esta no es una figura novedosa en el constitucionalismo colombiano, ya desde 1910<sup>8</sup> se contemplaba la posibilidad de que el Congreso de la República expidiera leyes

<sup>2</sup> Diana Durán, “Funciones del Congreso de la República: ¿insustituibles y esenciales a pesar de todo?”, en Henrik López Sterup (ed.), *Manual de Constitución y Democracia: del Estado y la protección de los derechos*, vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2012, p. 68.

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 775.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 22.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Andrea Celemín, “El exhorto al legislador: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista de Derecho Público*, núm. 36, 2016, p. 3.

<sup>8</sup> El artículo 40 del Acto Legislativo 03 de 1910 prevé la acción pública de inconstitucionalidad.

inconstitucionales y, por eso, en esa época se le dio la guarda de la Constitución a la Corte Suprema de Justicia.

Como ya se dijo, así como el legislador puede quebrantar la constitución al actuar, también lo puede hacer al no actuar. A este fenómeno se le conoce como *omisión legislativa* o *inconstitucionalidad por omisión*. Es importante establecer que no todo silencio legislativo es una omisión inconstitucional pues esta se produce cuando “por cuenta del silencio legislativo se generan situaciones concretas que vulneren o amenacen los derechos constitucionales”.<sup>9</sup> En este orden de ideas, “el legislador no es libre de decidir no legislar” cuando de su silencio se derive la vulneración de algún derecho.<sup>10</sup>

Según Víctor Bazán, la *inconstitucionalidad por omisión* consiste en “la falta o insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador [...] cuando existe un mandato constitucional expreso [...] [y que de eso] se derive una situación jurídica contraria a la constitución”.<sup>11</sup> Esta definición permite establecer una diferencia importante (al menos para la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana) entre *omisión legislativa absoluta* y *omisión legislativa relativa*.

En las omisiones absolutas no existe ninguna regulación legislativa sobre una situación en particular, y esto genera la vulneración de derechos constitucionales; se trata, entonces, de una omisión total. Por su parte, las omisiones relativas se dan cuando el legislador sí regula la materia, pero lo hace de manera incompleta o insuficiente, excluyendo a ciertos grupos de la norma y, por ende, legislando de manera parcial.

Con este panorama de las omisiones legislativas surge una pregunta fundamental para el constitucionalismo moderno: ¿cuál es la competencia de los tribunales constitucionales para remediar los silencios del legislador? En algunos países, la constitución o la ley han solucionado dicho interrogante y le han otorgado competencia a los tribunales constitucionales para que decidan sobre las omisiones legislativas. La figura se contempla, por ejemplo, en las constituciones de la ex Yugoslavia, Portugal, Hungría, Brasil, Venezuela y Ecuador, y en la legislación de Costa Rica y República Dominicana.<sup>12</sup> En Colombia, la jurisprudencia<sup>13</sup> de la Corte Constitucional ha sido la encargada de conceptualizar esta institución.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Celemin, *op. cit.*, p. 4.

<sup>10</sup> Ignacio Villaverde, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell (ed.), *En busca de normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 66.

<sup>11</sup> Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017, p. 151.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 1005.

<sup>14</sup> Eduardo Velandía Canosa, “Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, vol. 2, núm. 3, jul.-dic. 2014, pp. 178-179.

Al respecto, el juez constitucional colombiano ha retomado la distinción creada por Wessel entre omisiones absolutas y omisiones relativas para establecer que no puede demandarse la inconstitucionalidad si se trata de una omisión absoluta, en tanto no existe una ley sobre la que se pueda hacer el juicio de constitucionalidad.<sup>15</sup> En cuanto a las omisiones relativas, la Corte Constitucional ha establecido distintos mecanismos de control de la actividad legislativa como la declaración de exequibilidad condicionada (situaciones en las que completa o interpreta la legislación) y el exhorto al Congreso de la República.

Así las cosas, hay quienes afirman que, con miras a solucionar una omisión legislativa, la jurisdicción constitucional puede i) exhortar al poder legislativo, ii) llenar los vacíos producidos por las omisiones legislativas relativas (en decisiones de exequibilidad condicionada), o iii) actuar como un verdadero legislador.<sup>16</sup> Dentro de las facultades del órgano judicial para remediar los silencios del legislador, el mecanismo que propugna la colaboración armónica entre las ramas y desfigura en menor medida la división de poderes es el exhorto al legislador. Aunque el exhorto parece un mecanismo ineficaz, pues se trata de una mera invitación, no debe olvidarse que en algunos casos se podrá señalar un plazo dentro del cual se debe legislar<sup>17</sup> y, si no se cumple en dicho tiempo, la sentencia podrá remediar directamente la situación.<sup>18</sup>

Según el diccionario de la Real Academia Española, *exhortar* significa “incitar a alguien con palabras a que haga algo o deje de hacer algo”,<sup>19</sup> Esto implica que el exhorto al legislador es solo una “recomendación sin coacción alguna”<sup>20</sup> que, más que una orden por parte del tribunal constitucional, representa una invitación a legislar. Sabiendo que el exhorto constituye un mecanismo retórico, más que una imposición, resulta interesante establecer cuál es su eficacia a la hora de proteger los derechos constitucionales y la supremacía constitucional. En otras palabras, cuando la Corte Constitucional exhorta o invita al Congreso de la República a legislar sobre una materia específica, ¿este cumple con su función y expide la legislación correspondiente?

---

<sup>15</sup> Al respecto, ver las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: C-543 de 1996, C-146 y C-407 de 1998, C-215, C-369 y C-675 de 1999.

<sup>16</sup> Velandia, *op. cit.*, p. 168.

<sup>17</sup> Adolfo Murillo Granados, *Las omisiones legislativas en materia penal en Colombia a partir de 1991*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 228.

<sup>18</sup> Como se mostrará más adelante, esto sucedió en el caso del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

<sup>19</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Disponible en: <http://www.rae.es>

<sup>20</sup> Víctor Bazán, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado”, en Miguel Carbonell (ed.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 94.

Para dar respuesta a la pregunta anterior, se identificaron la totalidad de sentencias de la Corte Constitucional donde se exhorta al Congreso de la República a legislar. Desde la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional en 1992, hasta marzo de 2018, esta corporación ha decidido 47 sentencias en las que se exhorta al Legislativo a regular una materia determinada. Para identificar los 47 casos en los que esto sucede, se utilizaron los descriptores “exhortar al Congreso”, “exhortar”, “exhorte” y “el Congreso expida la ley” en el motor de búsqueda de la página web de la Corte Constitucional, específicamente en la opción *Buscar en texto de providencias*. Las sentencias escogidas para el análisis fueron aquellas donde en la parte resolutive se decidía expresamente “Exhortar al Congreso de la República”, o aquellas donde se modulaban los efectos de la sentencia a la espera de una actuación del Legislativo.

En segundo lugar, se revisó cada una de las sentencias de exhorto de la mano de la legislación existente sobre el tema en cuestión con el fin de verificar el cumplimiento del Congreso de la República. Para esto, se estableció cuál era el tema abordado por cada sentencia y, luego, se buscó la regulación correspondiente en la base de datos de la Secretaría del Senado y en la de la Presidencia de la República.

Por último, se realizó un análisis cualitativo y cuantitativo de la relación entre las sentencias de exhorto y la legislación vigente en Colombia con el fin de encontrar puntos de encuentro o relaciones. A continuación se mostrarán los resultados de la investigación y el análisis correspondiente.

## 2. Sentencias de exhorto en Colombia

### 2.1. Año de la sentencia de exhorto

Como estableció la Corte Constitucional de Colombia en 1994, el exhorto no es una innovación doctrinaria propia, sino que se extrae del texto constitucional; en particular, de la tensión existente “entre la supremacía normativa de la constitución y el principio de libertad del Legislador”.<sup>21</sup> Así, en teoría y según este mismo raciocinio, desde la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, los magistrados podían tomar decisiones exhortativas con el fin de lograr una colaboración armónica entre las ramas del poder público. Sin embargo, los casos analizados evidencian que las sentencias exhortativas, con encargos específicos al Congreso de la República, fueron empleadas por el juez constitucional de 1994. Su uso, es importante mencionar, no fue frecuente durante la primera década de la Corte Constitucional (cuadro 1).

Como se dijo, entre 1992 y 1999 la Corte Constitucional utilizó únicamente cuatro veces el mecanismo del exhorto al legislador. En la primera década del siglo XXI la cantidad de exhortos legislativos aumentó, tendencia que se ha mantenido

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

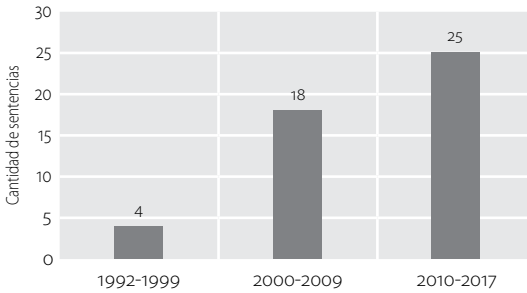
**Cuadro 1**  
**Año de la sentencia de exhorto**

Periodo	1992-1999	2000-2009	2010-2017
SENTENCIAS	C-473 de 1994	T-1337 de 2001	C-283 de 2011
	C-221 de 1997	C-1080 de 2002	C-366 de 2011
	C-239 de 1997	C-828 de 2002	C-577 de 2011
	T-889 de 1999	T-729 de 2002	C-818 de 2011
		T-891 de 2003	T-171 de 2011
		C-016 de 2004	C-1053 de 2012
		T-1090 de 2005	C-489 de 2012
		C-699 de 2007	SU-458 de 2012
		C-720 de 2007	T-087 de 2012
		SU-813 de 2007	C-792 de 2014
		T-418 de 2007	C-796 de 2014
		C-230A de 2008	C-871 de 2014
		C-691 de 2008	T-476 de 2014
		C-145 de 2009	T-970 de 2014
		C-442 de 2009	T-074 de 2015
		C-684 de 2009	T-099 de 2015
		C-728 de 2009	T-111 de 2015
		T-926 de 2009	T-540 de 2015
			T-603 de 2015
			T-762 de 2015
			T-774 de 2015
			C-026 de 2016
			C-330 de 2016
			T-512 de 2016
		C-212 de 2017	

Fuente: elaboración propia.

en lo que va de la presente (gráfico 1). Así las cosas, mientras en los primeros años de vida del tribunal constitucional colombiano se hizo un uso prudente del exhorto al legislador, con el paso de los años ha aumentado su frecuencia. En la última década, la cantidad de sentencias de exhorto es más de seis veces superior al total de sentencias exhortativas de los años noventa.

**Gráfico 1**  
**Sentencias de exhorto por década**



Fuente: elaboración propia.

## 2.2. Cumplimiento de las sentencias de exhorto

Es usual suponer que el Congreso de la República no acata el llamado de la Corte Constitucional y, por ende, pocas veces legisla como consecuencia del exhorto que se le hace. Los intereses divergentes de cada partido político, la gran cantidad de asuntos que requieren legislación, el proceso legislativo en sí mismo y el carácter no vinculante del exhorto dificultan su realización. Como se dijo en la Introducción, el exhorto representa una invitación sin coacción alguna a hacer algo, en este caso, a expedir una ley que llene el vacío normativo. Al no tratarse de una orden, no surge en el legislador la obligación de legislar en lo que le pide la Corte; mejor dicho, el exhorto no es un mandato de inexorable cumplimiento. Aunque su obligación no se deriva de la invitación realizada por la Corte Constitucional, el legislador sí se encuentra obligado a legislar sobre la temática en tanto esta se encuentra, como diría Ferrajoli, dentro de la *esfera de lo indecible que no*. Siendo así, ¿cumple el Congreso de la República con los exhortos que le hace la Corte Constitucional?

Al analizar las 47 sentencias de exhorto que componen el universo de datos, se encuentra que en 14 casos el Congreso de la República ha cumplido y ha regulado la materia (cuadro 2). Es importante resaltar que para hablar del cumplimiento del exhorto es necesario que haya existido o exista una ley sobre la materia en particular sugerida por la Corte Constitucional. No es posible, entonces, afirmar que el trámite de un proyecto de ley implica el cumplimiento de la sentencia. Únicamente con la promulgación de una ley se da observancia a lo solicitado por el juez constitucional. En lo concerniente a las 33 sentencias restantes, el Congreso de la República no ha regulado el tema (gráfico 2).

La mayoría de las veces, como es palpable, el Congreso de la República no ha regulado el tema, dejando un vacío normativo que, en muchos casos, desprotege a un grupo social. Exactamente, el legislador ha acogido la recomendación del tribunal constitucional solo en el 30% de los casos (gráfico 3). Debe decirse –aunque se analizará más adelante– que algunas sentencias se refieren a la misma omisión legislativa sin que medie regulación del Legislativo en ninguno de los casos.

**Cuadro 2**  
**Casos en los que el Congreso de la República ha cumplido**

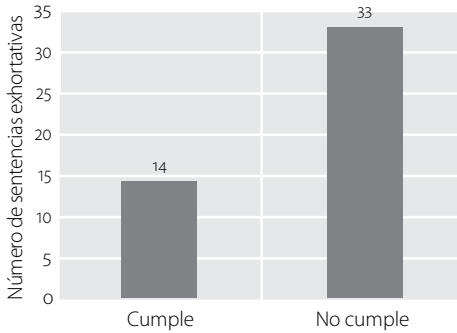
	Sentencia	Materia	Actuación del Congreso
1	C-221 de 1997	Régimen de regalías para la extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los ríos	Ley 658 de 2001 (Código de Minas) y Ley 756 de 2002
2	T-889 de 1999	Tenencia razas de perros problemáticas	Ley 746 de 2002
3	T-1337 de 2001	Seguro de cumplimiento	Ley 986 de 2005
4	T-729 de 2002	<i>Habeas data</i>	Ley 1581 de 2012
5	T-891 de 2003	Secuestro de niños y Convenio de la Haya	Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia)
6	C-016 de 2004	Inasistencia alimentaria en unión marital de hecho	Ley 1181 de 2007
7	T-1090 de 2005	Segregación racial	Ley 1482 de 2011
8	C-699 de 2007	Régimen de insolvencia para personas naturales no comerciantes	Ley 1380 de 2010 - Declarada inexecutable por la Sentencia C-685 de 2011
9	C-720 de 2007	Retención preventiva y expedición de un Código de Policía	Ley 1801 de 2016 (Código de Policía)
10	SU-813 de 2007	Vivienda digna y democratización del crédito	Ley 1537 de 2012
11	C-230A de 2008	Armonizar el Código Electoral con la Constitución de 1991	Ley 1475 de 2011
12	C-728 de 2009	Objeción de conciencia frente al servicio militar	Ley 1861 de 2017
13	C-818 de 2011	Derecho de petición	Ley 1755 de 2015 - Expedida seis meses después de que se venciera el plazo dado por la Corte Constitucional
14	C-871 de 2014	Pago de la prima de servicios para los trabajadores y las trabajadoras domésticas	Ley 1788 de 2016

Fuente: elaboración propia.

El porcentaje de cumplimiento de las sentencias de exhorto es, a todas luces, bajo. Ante esto, la Corte Constitucional ideó un mecanismo que permite contrarrestar la inactividad del Legislativo posterior a la realización del exhorto. En algunas sentencias que abordan temas sensibles (como el matrimonio entre parejas del mismo sexo), la Corte exhortó al Congreso a regular la materia y, para esto, le dio un plazo de dos años. Cumplido el término sin que se promulgara una ley al respecto, el

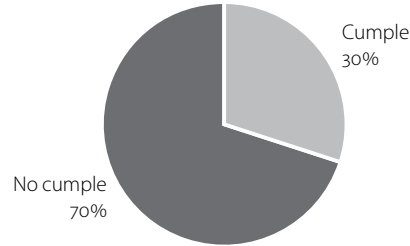


**Gráfico 2**  
**Cumplimiento e incumplimiento de las sentencias de exhorto**



Fuente: elaboración propia.

**Gráfico 3**  
**Porcentaje de cumplimiento de las sentencias de exhorto**



Fuente: elaboración propia.

tribunal constitucional estableció que las parejas del mismo sexo tenían derecho a acudir ante jueces y notarios para formalizar su unión.<sup>22</sup> El legislador, efectivamente, no reguló el asunto y hoy las parejas del mismo sexo pueden formalizar su vínculo amparándose en una sentencia de exhorto que contempla una consecuencia jurídica en caso de mantenerse el silencio del legislador.

### 2.3. Tiempo que tarda el Congreso de la República en cumplir

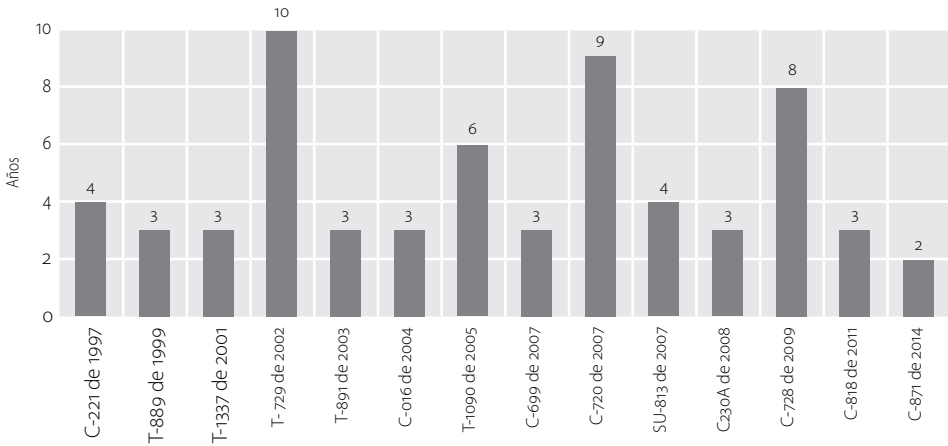
La Corte Constitucional exhorta al Legislativo cuando encuentra una omisión legislativa que vulnera los derechos constitucionales de un grupo en particular o, en general, de los ciudadanos. Así las cosas, resulta importante preguntarse cuánto tarda en cumplir el Congreso de la República en los casos en los que efectivamente lo hace. Sería válido suponer que cuanto menor sea el tiempo que tarda en expedir la regulación correspondiente, hay una mayor protección de los derechos constitucionales. Lo que hace el Legislativo al cumplir una sentencia de exhorto es llenar un vacío normativo que afecta a la población, razón por la cual se protegen de mejor manera los derechos constitucionales cuando dicho vacío dura poco tiempo.

Las veces que ha cumplido, el Congreso ha tardado entre dos y diez años en promulgar la regulación requerida (gráfico 4). ¿Qué tipo de cumplimiento es aquel que tarda diez años en hacerse realidad? Es preocupante, también, que el tiempo promedio que tarda el Congreso en cumplir una sentencia de exhorto sea de 4,6 años, lo que permite la vulneración continua de derechos constitucionales.

Resulta interesante analizar por qué, en algunos casos en los que cumple, tarda ocho, nueve o diez años en hacerlo, y por qué, en otros casos, legisla en tres o menos

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

#### Gráfico 4 Tiempo que tarda el Congreso de la República en cumplir una sentencia exhortativa



Fuente: elaboración propia.

años. Específicamente, ¿por qué tardó diez años en expedir una ley estatutaria sobre la protección de la autodeterminación informática, la intimidad y el *habeas data* (Sentencia T-729 de 2002), mientras que tan solo tardó dos años en regular el pago de la prima de servicios para los trabajadores domésticos (Sentencia C-871 de 2014)? ¿Hay, acaso, intereses políticos que determinan i) si el Legislativo cumple con el exhorto realizado por la Corte Constitucional, y ii) cuánto tarda en cumplir?

## 2.4. Exhorto insistente

Dentro del universo estudiado de sentencias de exhorto cuya invitación a legislar no ha sido aceptada por el Congreso de la República, se encuentran diversas sentencias que se refieren al mismo tema. Esto sucede cuando la Corte Constitucional advierte la existencia de una omisión legislativa, exhorta al Congreso para que llene el vacío normativo, este no cumple con su función y, posteriormente, vuelve a llegar un caso al tribunal constitucional donde se constata la existencia (todavía) de una omisión legislativa (cuadro 3). En estas oportunidades, la Corte ha vuelto a exhortar al Congreso para que regule la materia.

Las circunstancias en las que la Corte ha exhortado más de una vez al Congreso son paradigmáticas porque permiten establecer vacíos normativos que vulneran derechos constitucionales de manera reiterada. En este caso, se analizan dos temas en los que el juez constitucional ha exhortado insistentemente: la huelga en los servicios públicos y los derechos de las personas transgénero. Ambos asuntos, pese a la insistencia del exhorto, siguen sin tener una ley que los regule de manera comprehensiva.

### Cuadro 3

#### Casos de exhorto insistente de la Corte Constitucional

	Sentencia	Materia	Actuación del Congreso
1	C-473 de 1994	Huelga en servicios públicos	El Congreso no ha regulado en la materia
2	C-691 de 2008	Huelga en servicios públicos	El Congreso no ha regulado en la materia
3	T-171 de 2011	Huelga en servicios públicos, especialmente en materia de hidrocarburos	El Congreso no ha regulado en la materia
4	T-087 de 2012	Huelga en servicios públicos, especialmente en materia de hidrocarburos	El Congreso no ha regulado en la materia
5	C-796 de 2014	Huelga en servicios públicos, especialmente en materia de hidrocarburos	El Congreso no ha regulado en la materia
6	T-476 de 2014	Derechos de las personas transgénero	El Congreso no ha regulado en la materia
7	T-099 de 2015	Derechos de las personas transgénero	El Congreso no ha regulado en la materia

Fuente: elaboración propia.

#### 2.4.1. Huelga en los servicios públicos

La Sentencia C-473 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) fue la primera donde la Corte Constitucional exhortó al Congreso de la República para que legislara sobre una materia en específico. En ella, la Corte establece la necesidad de exhortar al legislativo con el fin de que “expida una regulación de la huelga en los servicios públicos que sea acorde con la Constitución”<sup>23</sup> y deja claro que no se está, de ninguna manera, “invadiendo la órbita de actuación del Congreso”, en tanto se trata de una “expresión de la colaboración de los mismos [poderes] para la realización de los fines del Estado”.<sup>24</sup> En línea con esta decisión, la Sentencia C-691 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinoza) exhortaría al legislador para que desarrolle el artículo 56 de la Constitución Política (derecho a la huelga), específicamente con relación a los servicios públicos.

Más de quince años después del primer exhorto, la Corte retomaría, con ocasión de una acción de tutela contra Ecopetrol S.A., la necesidad de legislar sobre el derecho a la huelga en los servicios públicos. Así, en la Sentencia T-171 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte volvió a exhortar al legislador para que regulara

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>24</sup> *Idem*.

la huelga en los servicios públicos, haciendo énfasis en el sector de hidrocarburos, y desarrollara el artículo 56 constitucional.

Nuevamente, una acción de tutela contra Ecopetrol S.A. sería el foro de discusión de la necesidad de una regulación de la huelga en los servicios públicos, especialmente en el sector de hidrocarburos. La Sentencia T-087 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) retoma las precisiones realizadas en la Sentencia T-171 de 2011 y, una vez más, exhorta al Congreso para que expida una ley que actualice la legislación laboral en materia de derecho a la huelga. Por último, la Sentencia C-796 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) reitera el exhorto realizado en las decisiones judiciales pasadas y le da, por primera vez, un término de dos años para que legisle al respecto. Lo interesante de esta sentencia es que no impone una consecuencia jurídica en caso de vencerse el término, por lo que hoy sigue sin existir una actualización a la legislación laboral que contemple el derecho a la huelga en los servicios públicos de la mano de la regulación internacional. Es palpable, entonces, la renuencia del Congreso de la República a legislar sistemáticamente sobre la huelga en los servicios públicos, lo que afecta los derechos constitucionales de los interesados.

#### ***2.4.2. Derechos de las personas transgénero***

Como la regulación de la huelga en los servicios públicos, la expedición de una norma que contemple y reconozca los derechos de las personas transgénero también ha sido un exhorto insistente por parte de la Corte Constitucional. Esta vez, no se trata de cinco sentencias distribuidas a lo largo del tiempo sino de dos decisiones judiciales en menos de un año.

La Sentencia T-476 de 2014 (M. P. Alberto Rojas Ríos) detecta una omisión legislativa en el tratamiento que tienen las personas transgénero por el ordenamiento legal y, en consecuencia, exhorta al Congreso de la República para que “regule de forma integral y sistemática los derechos de las personas transgénero”.<sup>25</sup> Dicho exhorto se reitera en la Sentencia T-099 de 2015 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado) con el fin de que el Congreso promulgue una ley que proteja los derechos de las mujeres y los hombres transgénero. Hoy, más de tres años después del exhorto realizado en 2014, el Congreso de la República no ha regulado de manera sistemática los derechos de las personas transgénero ni ha promulgado una ley de igualdad de género.

## **Conclusiones**

Las sentencias en las que la Corte Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar son ineficaces para cumplir los fines del Estado y remediar los vacíos normativos existentes en la legislación colombiana. De las 47 sentencias de exhorto estudiadas, solo en el 30% de los casos han sido regulados adecuadamente, lo

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-476 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.

cual supone que, la mayoría de las veces, el Legislativo no le presta atención a los llamados del tribunal constitucional. En ese sentido, resulta paradójico que la frecuencia de las sentencias de exhorto haya aumentado sin que exista un cumplimiento cabal de las mismas.

Debe decirse, sin embargo, que el porcentaje de cumplimiento es más alto de lo que se esperaba. Se cree que el Congreso nunca atiende a los exhortos de la Corte y esto tampoco es verdad. No hay un cumplimiento significativo que permita establecer un compromiso del órgano legislativo con la materialización de las sentencias de exhorto, pero tampoco hay una total inactividad. Esto ha llevado a que, en decisiones de suma importancia para los derechos constitucionales de las personas, la Corte Constitucional imponga consecuencias jurídicas en caso de que el legislador no regule la materia en un plazo determinado. Esto sucedió, por ejemplo, con el matrimonio de parejas del mismo sexo, en el que la Corte le otorgó un plazo de dos años al Congreso para que regulara. Una vez vencido el término sin la regulación adecuada, las parejas del mismo sexo podían acudir ante jueces y notarios para formalizar su unión.<sup>26</sup>

En adición, las veces en las que el Congreso efectivamente promulga una ley que remedia la omisión legislativa detectada por el tribunal constitucional, no hay uniformidad en el tiempo que se tarda. Por este motivo, no es posible establecer un interés inmediato por parte del legislador en todos los casos en los que –finalmente– reguló la materia. Es posible, entonces, que la regulación que realiza el Legislativo se deba más a agendas políticas que a la necesidad de cumplir con el exhorto de la Corte.

Por último, vale la pena preguntarse por qué la Corte Constitucional ha tenido que exhortar insistentemente al Congreso para que legisle sobre determinados temas y, también, por qué –en los casos en los que ha legislado– en algunas ocasiones se ha demorado tres o menos años y otras más de seis. Con base en la evidencia existente, puede decirse que las sentencias en las que el tribunal constitucional ha exhortado al Congreso pocas veces han tenido efecto en la configuración legislativa y, cuando lo tienen, dicho efecto tarda muchos años en materializarse. Así las cosas, la colaboración armónica entre el Legislativo y el Judicial en este aspecto resulta débil, mas no inexistente en Colombia.

## Bibliografía

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991.

BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2017.

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CELEMÍN, Andrea, “El exhorto al legislador: análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista de Derecho Público*, núm. 36, 2016, pp. 2-29.  
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-473 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- \_\_\_\_\_, Sentencia C-221 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-239 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-889 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-1337 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-1080 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-828 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-729 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-891 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-016 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-1090 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-699 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-720 de 2007, M. P. Catalina Botero Marino.
- \_\_\_\_\_, Sentencia SU-813 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-418 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-230A de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-691 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-145 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-442 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-684 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-728 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-926 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-283 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-366 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-577 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-818 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-171 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-1053 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-489 de 2012, M. P. Adriana María Guillén Arango.
- \_\_\_\_\_, Sentencia SU-458 de 2012, M. P. Adriana María Guillén Arango.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-087 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-792 de 2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-796 de 2014, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-871 de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-476 de 2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-970 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-074 de 2015, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-099 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-111 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

- \_\_\_\_\_, Sentencia T-540 de 2015, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-603 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-762 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-774 de 2015, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-026 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-330 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-512 de 2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-212 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo.
- DURÁN, Diana, “Funciones del Congreso de la República: ¿insustituibles y esenciales a pesar de todo?”, en Henrik LÓPEZ STERUP (ed.), *Manual de Constitución y Democracia: del Estado y la protección de los derechos*, , vol. 2, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, , vol. 1, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, , vol. 2, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- MURILLO, Adolfo, *Las omisiones legislativas en materia penal en Colombia a partir de 1991*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- VELANDIA, Eduardo, “Control jurisdiccional de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, vol. 2, núm. 3, 2014, pp. 166-199.
- VILLAVERDE, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel CARBONELL (ed.), *En busca de normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

João Vitor Cardoso\* (Brasil)  
Konstantin Gerber\*\* (Brasil)

## A Súmula Vinculante n.º 11 importa, na realidade?

### RESUMO

A presente pesquisa consiste no estudo de caso da Súmula Vinculante n.º 11 através do exame de acórdãos prévios e posteriores à sua edição indicados como relevantes no *site* do STF. Com o auxílio de fontes secundárias empíricas, objetiva-se compreender seus efeitos na realidade. Seria uma *vã esperança* creditar a esta súmula o papel de corretora da cultura jurídica? No caso das detentas algemadas em trabalho de parto, a análise constatou efeitos indiretos da discussão sobre o uso arbitrário de algemas, contribuindo para a mudança na opinião pública e para a reação do Congresso Nacional.

**Palavras-chave:** Direito e Sociedade. Efeito vinculante. Teoria constitucional.

### ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand dieser Studie ist die verbindliche Grundsatzentscheidung Nr. 11, die anhand der auf der Webseite des brasilianischen Obersten Bundesgerichts (STF) als relevant eingestuften Grundsatzurteile vor und nach ihrer Verkündung analysiert wird. Mithilfe von empirischen Sekundärquellen soll versucht werden, ihre tatsächliche Wirkung nachzuvollziehen. Handelt es sich womöglich um eine Illusion, wenn dieser Entscheidung eine Korrekturfunktion bezüglich der Rechtskultur zugeschrieben

---

\* Mestrando na FFLCH-USP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Foi *visiting researcher* na *Université Paris Descartes*, bolsista Capes. Especialista pelo *Programa Interamericano Sobre la Reforma a la Justicia Civil* pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, bolsista Global Affairs Canada. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais da PUC-SP. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD.  
jvcardoso@usp.br

\*\* Consultor jurídico em São Paulo. Mestre e doutorando em Filosofia do Direito pela PUC-SP, como bolsista Capes. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais da PUC-SP. Professor convidado do curso de especialização em direito constitucional – Co-gae. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD.  
k.gerber@uol.com.br



wird? Am Beispiel von Gefangenen, die während der Wehen Handschellen trugen, lassen sich indirekte Auswirkungen der Diskussion über das willkürliche Anlegen von Handschellen nachweisen, die zu einem Umschwung der öffentlichen Meinung und zur Reaktion des brasilianischen Kongresses beitrugen.

**Schlagwörter:** Recht und Gesellschaft. bindende Wirkung. Verfassungstheorie.

## SUMMARY

The present research consists of the case study of Abstract of Judgments No. 11 through the examination of judgments prior and subsequent to its issuance indicated as relevant at the STF website. With the help of empirical secondary sources, it aims at understanding its effects on reality. Would it be a vain hope to credit this abstract with the role of corrector of legal culture? In the case of women prisoners handcuffed during labor, the analysis found indirect effects of the discussion on the arbitrary use of handcuffs, contributing to changes in public opinion and to the reaction of the National Congress.

**Keywords:** Law and Society. Binding effect. Constitutional theory.

## Introdução

*“o que é vivo não comporta cálculo”*

No Brasil, hoje os mais variados temas políticos passam pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O Supremo está nas manchetes. Seria cair em vala comum dizer na atual conjuntura que o Poder Judiciário assumiu um posto de grande visibilidade e relevância institucional. Nada obstante, tanto jornalistas quanto acadêmicos vêm constantemente criticando a Corte, não exatamente pelo fato de esta deixar de seguir seus próprios precedentes, mas com respeito ao veiculado “protagonismo do Poder Judiciário”. Porém, as discussões têm cada vez mais gravitado também em torno daquele tema e muitas críticas públicas têm-se voltado para o comportamento da Corte ao julgar casos semelhantes de forma diversa. Neste sentido, Oscar Vilhena<sup>2</sup> descreveu um tipo de comportamento díspar da Corte:

o Supremo Tribunal Federal utiliza-se de distintos critérios para resolver conflitos constitucionais, ora privilegiando a realização de direitos, independentemente dos resultados para o sistema político, ora privilegiando a governabilidade, independentemente da lesão a direitos constitucionais, ou ainda buscando conciliar essas duas perspectivas.

---

<sup>1</sup> Franz Kafka, *Carta a meu pai*, São Paulo, Editora Hemus, 1978, p. 77.

<sup>2</sup> Oscar Vilhena, 1994, p. 147.

Em benefício da exposição, refere-se aqui o estudo de Gerald Rosenberg,<sup>3</sup> que distinguiu entre duas versões da compreensão do papel de Cortes na democracia: uma versão dinâmica e outra que se poderia traduzir por constritiva (“*constrained*”). Conforme Mark A. Graber,<sup>4</sup> a versão dinâmica, sustentada majoritariamente pelos juristas e por alguns cientistas políticos norte-americanos, considera a Corte uma efetiva promotora de direitos que acarretam mudanças sociais. Esta corrente entende que Cortes Constitucionais seriam eficazes ao defender minorias em oposição a interesses majoritários sustentados por agentes políticos diretamente eleitos. Por outro lado, conforme o autor,<sup>5</sup> a corrente constritiva, sustentada pela maioria dos cientistas políticos e parcela minoritária dos juristas norte-americanos, advoga que a litigância seria um instrumento débil na promoção de mudanças sociais em matéria de direitos fundamentais. Rosenberg filia-se a esta última corrente, levando a cabo um interessante estudo sobre casos como *Brown v. Board of Education* e *Roe v. Wade*, que geraram, segundo o autor, pequeno impacto em políticas públicas e, portanto, efeitos na realidade extremamente contidos, diferentemente do que supõe a corrente da corte dinâmica.

Em suma, o argumento “constritivo” se assenta basicamente na falta de independência institucional do Poder Judiciário, na sua inabilidade em desenvolver políticas públicas apropriadas, bem como em sua deficiência para implementá-las.<sup>6</sup> Por outro lado, o argumento chave da corrente “dinâmica” é de que as Cortes estariam livres de pressões eleitorais e outros entraves institucionais, de modo que em certos contextos históricos e políticos algumas mudanças apenas poderiam vir à luz neste âmbito decisório.<sup>7</sup> Contudo, se Rosenberg indaga sobre a importância da litigância na promoção de mudanças sociais e institucionais, questionando a capacidade de as Cortes efetivamente produzirem transformações relevantes, na perspectiva de Michael McCann,<sup>8</sup> “os tribunais, enquanto instituições, têm significativa importância”, apontando para distintos níveis de relevância na mobilização judicial do direito, de maneira que, além de um nível estratégico ou instrumental, haveria um nível simbólico que merece destaque:

---

<sup>3</sup> Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Estados Unidos da América, The University of Chicago, 1991.

<sup>4</sup> Mark A. Graber, *Does It Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era*, 75 *Fordham L. Rev.*, 2006, p. 675.

<sup>5</sup> *Idem.*, p. 675.

<sup>6</sup> Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Estados Unidos da América, The University of Chicago, 1991, p. 10.

<sup>7</sup> *Idem.*, p. 22.

<sup>8</sup> Michael W. McCann, Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”, em: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*, dez. 2011, p. 185.

Quando o tribunal atua em uma disputa particular, ele pode de uma só vez: aumentar a relevância da questão na agenda pública; privilegiar algumas partes que tenham demonstrado interesse na questão; criar novas oportunidades para essas partes se mobilizarem em torno da causa; e fornecer recursos simbólicos para esforços de mobilização em diversos campos.<sup>9</sup>

Assim, de acordo com os críticos de Rosenberg, o direito e as decisões judiciais geram transformações sociais não apenas quando induzem mudanças na conduta de indivíduos ou grupos diretamente envolvidos na questão, mas também quando produzem transformações indiretas, *v.g.*, quando alteram as percepções de atores sociais e legitimam a perspectiva do usuário-litigante.<sup>10</sup> Em conclusão, a abordagem de Rosenberg deixaria escapar alguns efeitos da mobilização social ensejados pela litigância. Por sua vez, McCann<sup>11</sup> propõe a existência de uma dimensão simbólica que está para além do caráter estratégico imediato das ações judiciais, apresentando uma antítese ao ceticismo de Rosenberg no tocante à capacidade de o Poder Judiciário mobilizar transformações sociais. Segundo essa perspectiva, a mobilização do direito envolve processos dinâmicos mais amplos de interação entre Estado e sociedade.

Este artigo buscará compreender os possíveis desenvolvimentos das hipóteses construtiva e dinâmica no Brasil, considerando a existência de duas correntes metodológicas contemporâneas para o estudo das relações entre direito e sociedade: uma perspectiva neorrealista, que enxerga o direito como um conjunto de regras que definem a conduta humana, com a necessidade de se aplicar um teste de causalidade para se medir o impacto da intervenção judicial no campo político-social; e outra construtivista, que alarga o campo de análise para empreender o uso de ferramentas metodológicas como entrevistas qualitativas junto a autoridades públicas, ativistas e membros da população usuária do sistema.<sup>12</sup> A metodologia neorrealista, conforme Garavito,<sup>13</sup> enfatizaria análises quantitativas, procurando aferir o “*enforcement*” das decisões judiciais, isto é: seus “efeitos diretos” sentidos pelos participantes do caso, beneficiários e órgãos públicos. Por sua vez, a chamada metodologia construtivista inclui análises qualitativas e releva os efeitos indiretos, ou simbólicos, bem como o modo como a opinião pública passa a perceber e reconhecer a violação do direito considerado.

---

<sup>9</sup> *Idem.*, p. 186.

<sup>10</sup> César Rodríguez-Garavito, “*Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*”, *Texas Law Review*, 2011, p. 1678.

<sup>11</sup> Michael W. McCann, Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”, em: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, dez. 2011, p. 177.

<sup>12</sup> César Rodríguez-Garavito, “*Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*”, *Texas Law Review*, 2011, pp. 1977-1979.

<sup>13</sup> *Idem.*, p. 1979.

Com amparo nessas ideias, a presente pesquisa visa tecer breves comentários acerca do estudo de caso da Súmula Vinculante n.º 11, tanto no plano doutrinário quanto em um plano empírico. Seu desafio consiste, portanto, em estabelecer interlocuções com fontes secundárias de pesquisas empíricas, a fim de provocar comparações com a dogmática jurídica. A análise que se expõe a seguir mapeou uma série de acórdãos, apontando que a Súmula Vinculante n.º 11 ensejou, por vezes, efeitos institucionais contidos ou efeitos simbólicos sutis.

## **1. Breves notas acerca da metodologia empregada e objetivos da investigação**

O uso arbitrário de algemas é ilegítimo por violar direitos fundamentais. A partir da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passou a ser viável a produção de evidências empíricas sobre o percentual de acusados que, antes de aferida sua responsabilidade penal, sofre a aplicação de algemas.

Diante de referidas evidências, esta investigação lança as seguintes perguntas: a Súmula Vinculante n.º 11 eliminou a prática de algemar réus antes de sua condenação? Se o logrou, ou não, por que isto se deu? O baixo impacto da interpretação vinculante nas instâncias superiores se explicaria por argumentos meramente normativos ou haveria outras barreiras culturais e políticas à efetivação do direito de não ser algemado no Brasil?

Se fizermos um recorte sobre a forma como a Justiça se pratica no Brasil, talvez o foco no STF nos dê uma amostragem mais adequada. Com base neste pressuposto metodológico, empregar-se-ão aqui fundamentalmente dois métodos: a revisão direta dos acórdãos do STF e a coleta de dados secundários, sobretudo de pesquisas empíricas a respeito das audiências de custódia. Este estudo, portanto, se concentra no comportamento do Supremo a fim de identificar se alguma doutrina de precedentes de fato rege a práxis jurisprudencial da Corte, especificamente no caso da vedação ao uso de algemas. Ademais, analisam-se aqui algumas pesquisas que tenham produzido dados empíricos sobre este tema.

A coleta jurisprudencial levantou particularmente todas as decisões de reclamação no tocante à Súmula Vinculante n.º 11, examinando se a sua criação contribuiu, na prática, para uma maior proteção de direitos fundamentais, ou se, ao menos, costurou uma uniformização interna na narrativa do Supremo. Ao fim, são sistematizados e discutidos os resultados dessa coleta, com apoio na revisão da bibliografia referenciada.

### **1.1. O problema**

Estudos demonstram que a porcentagem de investigados algemados por policiais em audiências de custódia no Brasil é elevada, embora a Súmula Vinculante n.º 11

tenha declarado a natureza excepcional desta medida. A narrativa do Supremo sobre o uso ilegítimo de algemas se apoia na proteção de direitos fundamentais, porém é incerto o grau de efetividade que esta interpretação produz nas instâncias inferiores. Talvez existam outros fatores que determinem este tipo de comportamento, para além de meras mudanças argumentativas, que explicariam as oscilações na aplicação do verbete sumular. Neste sentido, levantam-se aqui hipóteses sobre estratégias de monitoramento que impactariam na efetividade do referido provimento vinculante.

Esta pesquisa questiona quais são os fatores levados em conta pelos juízes ao determinar o uso de algemas. Como variável independente adota-se a audiência de custódia, diante da alteração do percentual de algemados. Nossa hipótese de que não basta um enunciado vinculante para alterar a realidade se explica pelo fato de que há muitos réus sem condenação mantidos algemados nas audiências de custódia. Seria este um problema da técnica de “legisprudência” da súmula em tela? De qualquer sorte, “por mais preciso que seja o texto de lei, ele sempre deverá ser interpretado para que se chegue a uma norma jurídica, e a súmula, como ideia expressa em texto, igualmente deverá passar por este processo”.<sup>14</sup>

## 1.2. O Supremo Tribunal Federal e a Súmula Vinculante

O Brasil possui um sistema misto e peculiar de jurisdição constitucional, que combina o critério de controle difuso por via de defesa objetiva com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o Supremo tem uma dupla função: competência como corte constitucional e competência recursal máxima. Ou seja: atua como órgão de cúpula do Poder Judiciário e exerce também a função de tribunal constitucional, ao apreciar, de forma concentrada, as ações diretas de inconstitucionalidade.<sup>15</sup> Portanto, o sistema constitucional brasileiro é híbrido, pois conjuga os modelos americano e europeu de controle de constitucionalidade. Oportuno referir a dificuldade em subsumi-lo mecanicamente a uma “família jurídica”:

Sensivelmente, há países em que dois ou mais sistemas jurídicos se aplicam concorrente e interativamente, v. g., Bolívia, Escócia, Quebec, para não falar em sistemas ainda mais complexos, como Burkina Faso e Micronésia. Nesse

---

<sup>14</sup> Pedro Leonardo Summers Caymmi, “Súmula Vinculante, Segurança Jurídica e Positivismo: o verdadeiro papel deste instrumento na construção democrática do discurso jurídico,” em *Reforma do Judiciário*, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p. 190.

<sup>15</sup> Mônica de Melo, João Vitor Cardoso, Konstantin Gerber, “Acesso à justiça no Brasil: legislação, jurisprudência e análise comparativa com o sistema interamericano de direitos humanos”, em CEJA, *Derecho de Acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Gráfica LOM, 2017, p. 97.

sentido, Esin Örucü tem defendido que ‘todos os sistemas jurídicos são híbridos’, pois, para este ilustre comparatista, ‘não existe sistema jurídico puro’.<sup>16</sup>

De há muito, o STF instituiu o sistema de súmulas, que se constituem em sínteses de sua própria jurisprudência, com o objetivo de tornar claro e límpido o sentido de uma lei ou hipótese surgida da interpretação reiterada e cristalizada do ordenamento. Como observa Arruda Alvim,<sup>17</sup> constituem-se elas numa síntese das tendências dominantes da jurisprudência, tendo o sentido de expressar o profundo valor e influência da jurisprudência na formação do Direito.

Nesse cenário, a partir da Emenda Constitucional nº 45, após reiteradas decisões sobre uma dada matéria constitucional, passou a ser admitida a criação de enunciados sumulares, que vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Art. 103-A, Constituição Federal). Doravante, para a garantia de observância desses enunciados, é cabível a Reclamação pela parte interessada ou pelo Ministério Público (art. 988, IV, CPC). Para Fredie Didier Jr.<sup>18</sup> “a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula”.

Vale referir: há quem compreenda, por outro lado, a súmula vinculante como “enunciado genérico” e não como substrato de fundamentos decisórios pretéritos, aproximando-a do assento português, por impor “como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei”.<sup>19</sup> Nesse sentido, as súmulas poderiam ser entendidas como manifestações “que buscam estabilizar os conflitos que chegam ao Poder Judiciário, sendo discursos monológicos, entendidos como constituídos de uma fala já habitada e hermética” (Streck, 1995, p. 20).<sup>20</sup> Da mesma forma, à época da Emenda Constitucional nº 45 houve divergência doutrinária quanto à preocupação de que a súmula vinculante limitasse a independência interna do Poder Judiciário:

A defesa dessa ‘pseudo-igualdade’ para aumentar a eficiência (quantitativa), fomentar uma previsibilidade pelo engessamento dos posicionamentos (em

---

<sup>16</sup> João Vitor Cardoso, “Mudança do Direito: obra da Lei ou dos Juízes?”, em: Dierle Nunes, Aluísio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme, *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes No PC/2015*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 584.

<sup>17</sup> Arruda Alvim, *Coleção de Estudos e Pareceres – Direito Processual Civil – 1*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 137.

<sup>18</sup> Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Rafael Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador, Edições JusPODIVM, 2011, p. 401.

<sup>19</sup> Georges Abboud, “Súmula vinculante versus precedente: notas para evitar alguns enganos”, *Revista de Processo*, vol. 165, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 218.

<sup>20</sup> Lenio Luiz Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro, Eficácia, Poder e Função*, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1995, p. 20.

face do modo superficial com que o sistema brasileiro impõe a aplicação do direito aos juízes), favorecer uma concepção hierárquica (e não funcional da divisão das competências do Poder Judiciário – com quebra da independência interna) e desestimular o acesso à justiça (que é fruto de uma luta histórica [...]), deve ser tematizada com muita cautela.<sup>21</sup>

Ainda, para parte da doutrina a origem do instituto da súmula vinculante estaria na “interpretação vinculada”, prevista na ditatorial EC n.º 7 de 13 de abril de 1977, que abriu caminho para a revalorização do precedente como fonte decisória no sistema pátrio. Para Aguiar Silva,<sup>22</sup> “se a liberdade de julgar fora, naqueles tempos de repressão ao comunismo, considerada como um excesso comprometedor da ordem constituída então vigente, servia aquela ‘interpretação’, forcejada e aliada à súmula obrigatória, como o meio da coibição de qualquer suposto extremismo”.

## 2. Debates prévios à criação da Súmula Vinculante n.º 11

A interpretação de um enunciado sumular jamais pode se desvencilhar dos precedentes que ensejaram sua criação. Por isso, vale referir que nos debates prévios à criação da Súmula Vinculante n.º 11, o Min. Marco Aurélio invocou o *Habeas Corpus* 91.952, que assentou a excepcionalidade do uso de algemas, justificável somente em caso de risco concreto de fuga ou de periculosidade do agente, configurando o seu uso prejuízo para a defesa na sessão de julgamento do tribunal do júri.<sup>23</sup> Os debates referiram-se, ainda, à literalidade do texto do art. 474, parágrafo 3º, do Código de Processo Penal (CPP),<sup>24</sup> que não permite o uso de algemas no plenário do júri, salvo “se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”, bem como as alíneas “a” e “b” do art. 4º da Lei 4.898 de 1965 (cerceamento de liberdade sem formalidade legal e constrangimento ilegal).<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Humberto Theodoro Junior, “Breves Considerações sobre a Politização do Judiciário e sobre o Panorama de Aplicação no Direito Brasileiro – Análise da Convergência entre o *Civil Law* e o *Common Law* e dos Problemas da Padronização Decisória”, *Revista de Processo* vol.189, Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>22</sup> João Carlos Pestana Aguiar Silva, “A Súmula vinculante como um Retrocesso Perante a *Histórica Evolução da Jurisprudência*”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

<sup>23</sup> Invocou também a Constituição: inciso LVII do art. 5º (presunção de inocência); inciso LXI do art. 5º (prisão somente em flagrante ou por ordem escrita judicial competente); inciso XLIX do art. 5º (integridades física e moral); dentre outros dispositivos, como o próprio art. 1º, que erigiu a dignidade como fundamento basilar da República brasileira (Brasil, 2008, p. 4).

<sup>24</sup> Este dispositivo foi editado por meio da Lei 11.689 de 2008.

<sup>25</sup> Brasil, STF, HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJ de 19.12.2008, p. 12.

É de se destacar, ainda, o voto da Min. Carmen Lúcia, que refere o art. 284 do CPP, que veda o uso de força contra réus de ações penais, salvo se indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga.<sup>26</sup> À ocasião, consignou a respeito do uso das algemas em relação à infâmia social:

O que não se admite, no Estado Democrático, é que elas passem a ser símbolo do poder arbitrário de um sobre outro ser humano, que elas sejam forma de humilhação pública, que elas se tornem instrumento de submissão juridicamente indevida de alguém sobre o seu semelhante. (...).

A Ministra fundamentou seu voto nos incisos III e X do art. 5º (proibição de tratamento degradante e direitos à intimidade, à honra e à imagem). Também referiu como “fonte de interpretação” as regras de *soft law* da ONU para tratamento de prisioneiros, mas não só, pois destacou o fato de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, invocando-se o art. 5.2 (respeito devido à dignidade da pessoa privada de liberdade), afirmando que o desrespeito a tal dispositivo convencional configura crime (art. 4º, alínea b, Lei 4.898 de 1965).<sup>27</sup> Na ocasião, condicionou o uso de algemas para fins de “impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio”; “evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo”, enfatizando-se, sem critério metódico, que o emprego de algemas “tem como balizamento jurídico necessário o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade”.<sup>28</sup> No dizer da Ministra: “A prisão há de ser pública, mas não há de se constituir em espetáculo”.<sup>29</sup> Outrossim, é importante frisar que nesses debates restou claro que a extensão subjetiva da excepcionalidade do uso das algemas abrange os agentes públicos, como disse o Min. Cezar Peluso:

É importante que a Corte fixe sua posição e, mais do que isso, que deixe claras as responsabilidades do cumprimento, porque, com isso, deixaremos explícito que o Ministério Público, o Ministério da Justiça, o Diretor do Departamento de Polícia Federal, Estadual, Municipal, o juiz de Direito, todos têm responsabilidade diante do conteúdo e da eficácia da súmula.<sup>30</sup>

Finalmente, a eficácia subjetiva das súmulas vinculantes abrangeria tanto o Poder Judiciário quanto a polícia e o Executivo, de tal sorte que restaria saber tão-somente seus efeitos no plano do Poder Legislativo.

---

<sup>26</sup> Brasil, STF, HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006, DJ de 2.2.2007, p. 7.

<sup>27</sup> *Ibidem.*, pp. 9 e 10.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, p. 8.

<sup>29</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>30</sup> Brasil, STF, HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJ de 19.12.2008, p. 15.



### 3. Em busca da *ratio decidendi* perdida

O que vincula em um provimento vinculante é sua *ratio decidendi*. Conforme Goodhart,<sup>31</sup> a identificação da *ratio decidendi* de um caso se dá mediante a busca daquilo, e somente daquilo, que o juiz entende como relevante e necessário para a resolução da lide. Nesse sentido, a motivação da sentença representaria o principal artifício pelo qual se revelaria o material fático considerado pelo juiz como base fundamental para sua decisão (“*facts-plus-outcome*”). Para outro entusiasta da técnica do *stare decisis*, Brian Simpson,<sup>32</sup> “onde quer que o juiz apresente explicitamente um princípio de direito, isto constitui a *ratio decidendi*”.

Importa aqui um esclarecimento, ainda que breve, sobre o método particular de adjudicação do *common law*, cuja omissão levaria o leitor menos familiarizado com o tema a sustentar que nos sistemas de *civil law* vigora metodologia diferente. Pois, como observa Hübner Mendes,<sup>33</sup> “especialmente no plano constitucional, essas diferenças não se aplicam, tanto do ponto de vista prático (se verificarmos as semelhanças no modo como as cortes lidam efetivamente com precedentes), quanto teórico (por não ser sustentável a hipótese de que, por ser da tradição de *civil law*, a corte não deve nenhuma consideração a precedentes)”.

No momento atual prevalece no direito pátrio que, para se aplicar a *ratio decidendi* de um caso, os fatos apresentados ao juiz no caso ulterior devem corresponder exatamente aos fatos contidos naquele invocado. Destarte, o juiz fica vinculado ao precedente apenas se a situação fática em julgamento for idêntica àquela examinada no precedente (identidade material ou, como também se diz, identidade perfeita). Basta, contudo, que um elemento material subjacente ao caso seja valorado de forma distinta para se afastar a aplicação do paradigma.

Além desta necessidade de se demonstrar casos que tratem exatamente dos mesmos pontos no contraditório, o modo de se invocar precedentes no Brasil costuma ser por “agregação numérica”.<sup>34</sup> Porém, quando pertinente, invocar um só caso deveria bastar. Desse modo, o comportamento do Supremo diante de precedentes não difere muito daquele que tem diante de uma regra legislada. Neste sentido, é difícil reconhecer na atividade da Corte uma operação com precedentes que se aproxime do *common law*. Some-se a isto o fato de que, no direito brasileiro, como de modo

---

<sup>31</sup> Artur L. Goodhart, “The ratio decidendi of a case”, *The Modern Law Review*, vol.22, março de 1959, n.5, p. 212.

<sup>32</sup> Alfred William Brian Simpson, “The ratio decidendi of a case”, *The Modern Law Review*, vol.22, setembro de 1959, n.5, p. 454.

<sup>33</sup> Conrado Hübner Mendes, “Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, 2008, p. 66.

<sup>34</sup> Adriana de Moraes Vojvodic, “Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização ao futuro”, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

geral se dá no continente europeu, vige a regra de que as cortes superiores não analisam fatos, adotando-se uma distinção dogmática entre matéria de fato e matéria de direito, remanescendo a questão de como forçar o respeito de certas súmulas, se a Corte, em rigor, não analisa os fatos.<sup>35</sup>

É dever legal do STF, conforme o art. 927, parágrafo 5º do Código de Processo Civil, dar: “publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Em seu sítio eletrônico é possível aceder aos *links* com precedentes prévios e posteriores às edições das súmulas vinculantes. Por meio de um destes sítios investigamos nosso problema, a implementação da Súmula Vinculante n.º 11, cujo verbete diz:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Com o objetivo de analisar a maneira pela qual o STF vem garantindo a eficácia da Súmula Vinculante n.º 11 e qual a relação dos demais poderes no contexto de sua implementação, analisaram-se aqui quarenta acórdãos posteriores à criação da decisão sumular, a fim de identificar os discursos dos Ministros a seu respeito. Dentre os fundamentos encontrados, destacam-se:

- a) Vedação à reanálise de fatos em sede de via reclamationária (7 casos),<sup>36</sup>
- b) Periculosidade do acusado (7 casos),<sup>37</sup>
- c) Número reduzido de policiais (6 casos),<sup>38</sup>

<sup>35</sup> João Vitor Cardoso, “Mudança do Direito: obra da Lei ou dos Juízes?”, em: Dierle Nunes, Aluísio Mendes, Fernando Gonzaga Jayme, *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes No CPC/2015*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 594 e 595.

<sup>36</sup> “A via reclamationária não se compatibiliza com o reexame do quadro fático ensejador do uso de algemas, limitando-se a análise desta Corte à aferição da higidez lógico-formal da fundamentação empregada.” (Reclamação 25.168).

<sup>37</sup> “[...] pessoa jovem, robusta, e que tem em seu histórico uma evasão da Colônia Penal e [...] tem destreza com a utilização de armas ou pelo menos as conhece, já que guardava uma em sua residência.” (Reclamação 8.084).

<sup>38</sup> “[...] a despeito da Súmula vinculante n. 11 do Supremo Tribunal Federal, determino a manutenção das algemas no averiguado, uma vez que o número reduzido de policiais militares que atuam nas audiências de custódias, a compleição física dos policiais, que às vezes é inferior a dos investigados, o número de averiguados que muitas vezes é maior que o dos policiais e o número elevado de promotores, defensores, advogados, servidores e públicos em geral que transitam pelo local em que são realizadas as audiências de custódia, indicam a necessidade do uso de algemas para garantir a segurança de todos e regular ordem e prosseguimento dos trabalhos.” (Agravo Regimental na Reclamação 25.168).

- d) A súmula não vincula a Administração Pública (4 casos),<sup>39</sup>
- e) Relativização da identidade perfeita face ao paradigma (2 casos),<sup>40</sup>
- f) Anulação do interrogatório, com prejuízo dos atos processuais posteriores (2 casos),<sup>41</sup>
- g) Fatos ocorridos anteriormente à criação da Súmula n.º 11 (1 caso).<sup>42</sup>

O Quadro 1 abaixo sistematiza as interpretações divergentes do STF quanto à aplicação do verbete sumular n.º 11, sendo que em apenas dois casos este fora utilizado para o fim de anular o interrogatório, com prejuízo dos atos processuais posteriores; enquanto em trinta e três casos se afastou a sua *ratio decidendi*. Cumpre, ainda, consignar que cinco casos foram descartados.

Alguns julgados indicam que um dos argumentos mais utilizados pela Corte para afastar a incidência do verbete é o número elevado de pessoas presentes à audiência ou nas dependências do Fórum, em face do diminuto contingente de policiais. Ainda, um dos julgados indicou uma forma retórica de se afastar a eficácia vinculante por alegar a dependência de uma gama mais ampla de fatos idênticos àqueles previstos na Súmula Vinculante n.º 11, o que denominamos *distinguishing* à brasileira. Finalmente, entre os argumentos mais frequentes para deixar de seguir a Súmula Vinculante n.º 11 está o de que a via reclamatória não é a adequada para a reanálise de fatos. Diante disso, é de se indagar: seria este um expediente típico da chamada “jurisprudência defensiva”? Vale dizer: a jurisprudência dita “defensiva” consiste em um conjunto de decisões, sobretudo de tribunais superiores, baseadas em entraves formais irrelevantes cujo único objetivo seria inadmitir o exame de mérito de recursos, impedindo sua chegada aos tribunais. É o caso, v.g., do recurso “premature” a que se nega provimento por ser protocolado antes da abertura do prazo, alegando-se ser intempestivo (“precoce”) o ato praticado antes da publicação

<sup>39</sup> “[...] reclamante veio a ser ‘apresentado à imprensa como se fosse um troféu.’ [...] Embora evidenciado o emprego injustificado do artefato, a providência decorreu de ato administrativo da autoridade policial, situação não abarcada pelo verbete, no que alude à prática de ato processual.” (Reclamação 7.116).

<sup>40</sup> “[...] o uso injustificado de algemas em audiência, ainda que impugnado em momento procedimentalmente adequado, traduziria causa de nulidade meramente relativa, de modo que o seu eventual reconhecimento exigiria a demonstração inequívoca, pelo interessado, de efetivo prejuízo à defesa – o que não se evidenciou no caso –, pois não se declaram nulidades processuais por mera presunção, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. (Agravo na Reclamação 16292).

<sup>41</sup> “A partir da leitura do verbete sumular, depreende-se que a retirada de algemas é a regra. O uso constitui exceção que desafia fundamento idôneo devidamente justificado na forma escrita. [...] Como se vê, a decisão desvirtua a lógica da Súmula. [...] Mas a ótica da Súmula é inversa. E ótica vinculante! [...]” (Agravo Regimental na Reclamação 22.557).

<sup>42</sup> “O enunciado da Súmula Vinculante n.º 11 da Suprema Corte não é aplicável, face ao uso de algemas durante a sessão, máxime quando o julgamento pelo tribunal do júri se deu em data anterior à sua publicação.” (Agravo regimental 653964).

**Quadro 1. Fundamentos encontrados na jurisprudência do STF**

Fundamentação	Acórdãos
Vedação à reanálise de fatos ocorridos em audiência	AG.REG. na Reclamação 25.168; AG.REG. na Reclamação 16.292; Reclamação 17684; Agravo Regimental 778358; Habeas Corpus 96238; Reclamação 15047; Reclamação 6870
Periculosidade do acusado	Reclamação 8.084; EMB.DECL. no AG.REG. na Reclamação 23.729; Reclamação 18805. Reclamação 17575; Recurso Ordinário em Habeas Corpus 102962-MG; Agravo Regimental na Reclamação 8.628-SP; Reclamação 8712
Número reduzido de policiais	Reclamação 19.501; Ag. Reg. na Reclamação 14.663; Reclamação 9470; Ag. Reg. na Reclamação 9468-RJ; Habeas Corpus 103.003-SP; Reclamação 8409 AG.REG.
Extensão subjetiva da súmula não abrange a Administração	Reclamação 7.116; Habeas Corpus 104.459; Reclamação 7.814-RJ; Reclamação 12.484
Relativização da identidade perfeita	Reclamação 8333; Reclamação 11845
Anulação do interrogatório, com prejuízo de todos os atos processuais posteriores	Ag. Reg. na Reclamação 22.557; e Reclamação 1178
Fatos ocorridos anteriormente à criação da Súmula vinculante n.o 11	Agravo regimental 653964

da intimação. Estes entendimentos surgem exatamente para diminuir o fluxo de processos, visto que os tribunais alegam estar sobrecarregados.

### 3.1. Direito comparado

Foi noticiada recentemente (2018) na Folha de São Paulo a morte de Linda Brown, “menina que pôs fim à segregação racial nos Estados Unidos”. Vale lembrar que Linda Brown foi a parte reclamante no caso *Brown v. Board of Education*. Nele se decidiu, em 31 de maio de 1955, que as cortes federais norte-americanas deveriam dar cumprimento à determinação da dessegregação racial em todas as escolas de ensino fundamental e médio nos Estados Unidos da América (EUA).

Contrariamente ao que se convencionou na maior parte da literatura, que compreende que *Brown v. Board of Education* acarretou uma revolução nas relações raciais nos EUA, contribuindo para o movimento dos direitos civis nos anos sessenta, o estudo empírico conduzido por Rosenberg<sup>43</sup> demonstra que este precedente produziu pouco efeito na realidade e que a confiança depositada na Corte como mecanismo

<sup>43</sup> Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Estados Unidos da América, The University of Chicago, 1991, pp. 42-49 e p. 9.

de mudança social não passava de uma “vã esperança”. O autor demonstra, ademais, que se levaria mais de uma década para que a decisão passasse a ser cumprida pelos poderes locais, somente ocorrendo, de forma mais substantiva, a partir da edição de leis com impacto orçamentário pelo Congresso Americano nos anos de 1964-65.

Vale lembrar que o documento citado por Rosenberg, aprovado em março de 1956, autointitulado “*Declaration of Constitutional Principles*” (conhecido também como o Manifesto Sulista), visava obter a reversão do julgamento, bem como combater sua implementação. Assim, uma das mais importantes barreiras culturais e políticas à concreção dos direitos civis nos EUA foi a existência de grupos apoiadores da segregação racial. Cabe se referir aqui ao *Ku Kux Klan*, bem como aos Conselhos de Cidadãos Brancos.

Outro estudo que importa à análise do caso em análise é aquele realizado por Garavito,<sup>44</sup> que defende que o reconhecimento de direitos por Cortes deve ser acompanhado de medidas para seu cumprimento, assim como de medidas de monitoramento que possibilitem a implementação da determinação judicial. Partindo desta premissa, o autor propõe uma avaliação do grau de impacto de uma decisão da Corte Constitucional Colombiana. O jurista distingue entre “ativismo monológico” e “ativismo dialógico” para fins de classificação dos efeitos produzidos pelas sentenças, que seriam: efeitos materiais diretos (formulação de política ordenada pela Corte); efeitos materiais indiretos (intervenção de novos atores no debate constitucional); efeitos simbólicos diretos (mudança de percepção e da abordagem midiática sobre o problema); e efeitos simbólicos indiretos (transformação da opinião pública para passar a reconhecer uma violação de direito). Vale sublinhar as audiências para monitorar o cumprimento de decisões constitucionais, a participação da sociedade civil neste monitoramento e a necessidade de coordenação entre órgãos governamentais, sobretudo no que se refere ao caso dos deslocados internos em decorrência da guerra civil colombiana, que culminaram na criação de uma política pública com indicadores para aferição da progressividade de sua implementação.

Tornando à análise da Súmula n.º 11: teria esta produzido efeitos simbólicos? O desrespeito sistemático à referida súmula teria repercutido na opinião pública, através do acompanhamento midiático, e na prática da maioria dos juízes? Neste sentido, os dados sugerem efeitos materiais indiretos, pois a instituição da súmula induziu o engajamento de entidades da sociedade civil que passaram a monitorar o percentual de cumprimento (ou descumprimento) do enunciado sumular por meio de pesquisas empíricas. Nada obstante, movimentos políticos contrários à implementação de direitos fundamentais na prática processual penal reforçam barreiras

---

<sup>44</sup> César Rodríguez-Garavito, “Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, *Texas Law Review*, 2011, p. 1681, disponível em: [www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf](http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf)

culturais e institucionais significativas à sua efetivação, ao ensejo da audiência de custódia, que vem sofrendo duros ataques por parte de parlamentares.<sup>45</sup>

A título comparativo, no “novo paradigma” processual penal chileno, decorrente da sua recente reforma, a função do “recurso de nulidade” seria inibir oscilações na jurisprudência penal. Nada obstante, estudos<sup>46</sup> indicam que apesar deste novo cenário criado pela reforma do código de processo penal, não tem sido observada uma transformação significativa no comportamento das cortes de apelação ante os precedentes constantes do rol uniformizador da jurisprudência da Sala Penal da Suprema Corte Chilena.

Finalmente, consubstanciando a existência de barreiras políticas para a efetivação da Súmula n.º 11, observa-se que os poderes eleitos raramente recebem qualquer crédito político por seguirem decisões vinculantes, somente o fazendo em caso de a decisão servir como justificativa para uma política pública impopular.<sup>47</sup>

Por oportuno, assinalamos: não seria uma vã esperança creditar às súmulas vinculantes um papel de corretoras da prática de juízes?

#### 4. Discussão

O Estado brasileiro é o que mais persegue ativistas e defensores de direitos humanos. Segundo o dossiê divulgado pelo Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos (CBDDH), no ano de 2016 foram assassinados 66 defensores e defensoras de direitos humanos no país e outros 64 foram criminalizados, atacados ou ameaçados.<sup>48</sup> Por sua vez, a Anistia Internacional aponta que 58 defensores de direitos humanos foram mortos em 2017 no Brasil. Para fins de comparação, desde 1998, cerca de 3.500 defensores foram mortos em todo o mundo.<sup>49</sup>

Ao analisar a distribuição da população privada de liberdade por raça, cor e etnia no Brasil, o Relatório Infopen 2017 destacou que 2 em cada 3 presos são pessoas

---

<sup>45</sup> Vale citar o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) 317/16, do deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP); sustenta que a Resolução 213/15 do CNJ viola a Constituição Federal.

<sup>46</sup> Jaime Couso, Jorge Mera, “Precedentes y Justicia Penal”, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.

<sup>47</sup> Frederick Schauer, “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?”, *George State University Law Review*, Vol. 24, 2007, p. 382.

<sup>48</sup> Layza Queiroz Santos e Alice De Marchi Pereira de Souza (org.), “Vidas em luta: Criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil”, Terra de Direitos, Curitiba, 2018, disponível em: <http://terradedireitos.org.br/acervo/publicacoes/livros/42/vidas-em-luta-criminalizacao-e-violencia-contra-defensoras-e-defensores-de-direitos-humanos-no-brasil/22548>

<sup>49</sup> G1, Anistia internacional aponta que 58 defensores de direitos humanos foram mortos em 2017 no Brasil, 05 de dezembro de 2017, disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/anistia-internacional-aponta-que-58-defensores-de-direitos-humanos-foram-mortos-em-2017-no-brasil.ghtml>

negras. Vale dizer: 64% da população prisional brasileira têm a pele negra.<sup>50</sup> Daí se pode inferir que a maioria dos afetados pelo descumprimento da Súmula n.º 11 é de cor negra.

Por outro lado, vale lembrar, em 2015 a presidente do Supremo Tribunal Federal, ministra Carmem Lúcia, concedeu *Habeas Corpus* (HC 126107) a uma mulher grávida que se encontrava presa na Penitenciária Feminina da cidade de São Paulo. Com a decisão, inspirada nas Regras de Tóquio, a gestante restou presa preventivamente, porém em seu domicílio:

Dentre as regras referidas acima, transcrevo, por oportuno, a de número 57, que obriga os Estados-membros a desenvolver ‘(...) opções de medidas e alternativas à prisão preventiva e à pena especificamente voltadas às mulheres infratoras, dentro do sistema jurídico do Estado-membro, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres e suas responsabilidades maternas’.

Nessa esteira, de acordo com uma pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz (2015), em um universo de 200 presas grávidas 35% estavam algemadas durante o trabalho de parto, a despeito da Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária n. 3 de 2012 e da Súmula n.º 11. Em resposta a esta constatação foi editado o Decreto nº 8.858 de 2016, que vedou o uso de algemas “em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada”. Posteriormente, a reação parlamentar veio através da Lei 13.434/17, que veda o uso de algemas “em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato”.

Por sua vez, a pesquisa coordenada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) constatou a presença de agentes policiais e penitenciários na maior parte das audiências de custódia, conforme dados de observações realizadas em Fortaleza (CE), Brasília (DF), Belo Horizonte (MG), Recife (PE), Rio de Janeiro (RJ) e São Paulo (SP). Dentre 12 Estados dos quais se obteve informações, apenas em 4 se observou a retirada das algemas.<sup>51</sup>

O que importa evidenciar é o cenário do Estado de São Paulo, em que foi diagnosticado que algemas foram usadas em 100% das audiências de custódia, em um

---

<sup>50</sup> Brasil, Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Nacionais Penitenciárias, Atualização, junho de 2016, p. 32, disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)

<sup>51</sup> IDDD, Audiências de custódia. “Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa”, 2017, pp. 11 e 32, disponível em: [http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)

universo de 692 casos, acompanhados entre fevereiro de 2015 e março de 2016. Ao fim, vige no Fórum Criminal da Barra Funda uma decisão reiterada “devido às circunstâncias especiais do Fórum e à logística das audiências”, sendo observado somente um caso de retirada de algemas de custodiados a pedido de advogado particular.<sup>52</sup>

Por outro lado, destacamos a Reclamação 24.756, em que o Min. Marco Aurélio decidiu que o argumento de a repartição judicial não dispor de policiais suficientes não justifica a utilização de algemas e não bastaria tampouco para justificar o “fundado receio ou resistência”. Citamos:

O número de réus, a deficiência da escolta, a presunção de risco em razão da imposição da prisão aos acusados ou, até mesmo, a necessidade de preservar a segurança de todos que circulavam nas instalações forenses são argumentos insuficientes a respaldarem o uso das algemas. O emprego do objeto deve basear-se na resistência ou no fundado receio, devidamente justificados pelas circunstâncias, de fuga ou de perigo à integridade física do envolvido ou de outras pessoas, cabendo ao Juízo observar esses parâmetros na prática de atos processuais.

Ademais, em homenagem à perspectiva construtivista, cabe referir que na pesquisa do IDDD<sup>53</sup> também foram utilizadas análises qualitativas por meio de entrevistas, constatando que: “Segundo um dos juízes, a manutenção das algemas é algo cultural, tanto que nas varas em que ocorrem outros tipos de audiências elas também são mantidas e isso não provoca indisposição”.

Ainda, uma pesquisa empírica levada a cabo por Conectas,<sup>54</sup> entre julho e novembro de 2015, acompanhou 393 audiências de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda no Estado de São Paulo, e ao final recomendou:

As audiências de custódia devem ser realizadas presencialmente em ambiente seguro que permita a coleta de relatos de tortura e maus-tratos sem pressão e coação. A pessoa presa não deve ser algemada. Policiais militares não podem estar presentes nas audiências nem nas entrevistas prévias com o defensor público.

---

<sup>52</sup> *Idem*, “Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa”, 2015, pp. 11 a 50, disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>

<sup>53</sup> *Idem*, “Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa”, 2015, p. 49, disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>

<sup>54</sup> Conectas, “Tortura Blindada. Como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia”, São Paulo, 2017, p. 23.



No mesmo sentido, Ponte Jornalismo(2018) acompanhou 40 audiências de custódia no Fórum Criminal da Barra Funda, constando que as algemas eram regra, não exceção:

[...] internamente entre os juízes, havia uma discussão sobre abolir o uso do instrumento. Segundo o juiz Marcos Vieira, os magistrados da DIPO, em setembro, começavam a discutir e reavaliar o uso de algemas, primeiro pela previsão legal, segundo porque, na visão dele, se mostrava ‘como um exagero, já que a pessoa chega ao Fórum repleta de mecanismos de vigia e, inclusive, com escolta policial’.

Diante deste cenário, verifica-se que o STF tem sido ineficaz na produção de reformas à justiça penal através da Súmula Vinculante n.º 11. Com efeito, os achados de pesquisa deixam claro que os temores de vozes doutrinárias contrárias a levar as súmulas a sério, sinalizando para o risco de enrijecimento da interpretação constitucional e dos “efeitos deletérios da vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal à interpretação sumulada”<sup>55</sup> não encontram apoio nos testes empíricos, pois, como demonstramos acima, o Supremo faz uma interpretação da Súmula Vinculante n.º 11 por vezes conflitante com o conteúdo dela própria.

Verifica-se que o cumprimento da súmula confronta a cultura jurídica. O Supremo não analisa fatos: presume-os verdadeiros. Assim, é virtualmente impossível fiscalizar a implementação do verbete. De tal sorte, o desenho do sistema de justiça resta fortemente atado a poderes locais.

Afinal, qual a razão de ser de uma Súmula Vinculante cujo cumprimento sequer em tese a Corte pode fiscalizar seu cumprimento? Seria o caso de cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para que o STF e o CNJ criem mecanismos de supervisão e monitoramento a todo o Poder Judiciário? Estas são questões que mereceriam um estudo exploratório.

## Nota final

Como apontam os achados discutidos, a existência de acusados algemados em audiências de custódia conforma um massivo desrespeito ao “direito sumulado” que protege o direito à presunção de inocência no Brasil.

Neste sentido, a efetivação da Súmula Vinculante n.º 11 dependerá de interações e mobilizações institucionais coerentes com o seu sentido. Por outro lado, sua existência exerce um relevante papel de constrangimento em outras instituições, bem como oportuniza estratégias processuais que podem ser acionadas na justiça penal. Assim, observam-se elementos que corroboram as críticas que Rosenberg

---

<sup>55</sup> Saulo Ramos, *Direito fundamental à previsibilidade do Direito brasileiro*, Editora JC, 2013, p.300.

sofreu, sobretudo por parte de autores como McCann, por conceber uma relação entre direito e sociedade que se sustenta apenas nos efeitos diretos e materiais das sentenças constitucionais.<sup>56</sup> Com efeito, uma teoria da transformação social através da litigância mais promissora seria aquela apelada por Michael McCann<sup>57</sup> de “política de mobilização do direito”. Isto é: os tribunais podem até traçar políticas que os demais poderes devem seguir, mas como o autor argumenta: “Indiscutivelmente, a influência dos tribunais é menos direta e menos linear, e não está sujeita a análises causais. Mas o seu poder indireto ainda é muito fundamental”.<sup>58</sup>

Retornando ao exame do caso das detentas algemadas durante o trabalho de parto, é possível dizer que a Súmula Vinculante n.º 11 tem gerado efeitos indiretos ou simbólicos ao levantar uma discussão sobre o uso arbitrário de algemas, que contribuiu para a mudança na opinião pública e para a reação do Congresso Nacional e do Poder Executivo, bem como para a mobilização da sociedade civil, conferindo-lhe novos poderes de negociação, apoiados em pesquisas que auxiliam no monitoramento da sua implementação.

Os dados analisados nesta investigação apontam, ainda, para 7 argumentos fundamentais quanto à aplicação da Súmula Vinculante n.º 11. Nesse aspecto, a coleta jurisprudencial demonstrou que o verbete sumular não contribuiu para a proteção de direitos fundamentais e tampouco para uniformizar a narrativa interna do STF (isto é, para sua vinculação horizontal). Ao confrontar-se a pesquisa empírica com a corrente dogmática majoritária, os resultados da comparação apontam que a busca da *ratio decidendi* da Súmula n.º 11 revela uma interpretação consolidada contrária ao seu sentido originário na própria Corte.

## Bibliografia

ABBOUD, Georges, “*Súmula vinculante versus precedente: notas para evitar alguns enganos*, *Revista de Processo*”, vol. 165, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana, “*A súmula vinculante como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

---

<sup>56</sup> César Rodríguez-Garavito, “*Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*”, *Texas Law Review*, 2011, p. 1678.

<sup>57</sup> Michael W. McCann, Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”, em: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*, dez. 2011, p. 181.

<sup>58</sup> *Idem.*, Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”, em: *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*, dez. 2011, p. 183.

- ARRUDA ALVIM, “*Coleção de Estudos e Pareceres – Direito Processual Civil – 1*”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.
- BRASIL, Ministério da Justiça, Levantamento Nacional de Informações Nacionais Penitenciárias, Atualização, junho de 2016. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\\_2016\\_22111.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf)
- BRASIL, STF, Debates e aprovação da súmula Vinculante n.º 11, p. 3. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV\\_11\\_12\\_13\\_\\_Debates.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf)
- \_\_\_\_\_, HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006, DJ de 2.2.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>
- \_\_\_\_\_, HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJ de 19.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570157>
- \_\_\_\_\_, HC 71195, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 25/10/1994, DJ 04-08-1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72948>
- \_\_\_\_\_, Reclamação 24.756, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 13/03/2018.
- CARDOSO, João Vítor, “Mudança do Direito: obra da Lei ou dos Juízes?”, em Dierle NUNES, Aluísio MENDES, Fernando Gonzaga JAYME, *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- CAYMMI, Pedro Leonardo Summers, “Súmula Vinculante, Segurança Jurídica e Positivismo: o verdadeiro papel deste instrumento na construção democrática do discurso jurídico,” em *Reforma do Judiciário*, Editora Saraiva, São Paulo, 2006.
- CONNECTAS, “Tortura Blindada. Como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia”, São Paulo, 2017.
- COUSO, Jaime, Jorge MERA, *Precedentes y Justicia Penal*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- DIDIER JR., Fredie, Paula Sarno BRAGA, Rafael OLIVEIRA, Curso de Direito Processual Civil, Salvador, Edições JusPODIVM, 2011.
- G1, Anistia internacional aponta que 58 defensores de direitos humanos foram mortos em 2017 no Brasil, 05 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/anistia-internacional-aponta-que-58-defensores-de-direitos-humanos-foram-mortos-em-2017-no-brasil.ghtml>
- GARAVITO, César Rodríguez, “Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, *Texas Law Review*, 2011. Disponível em: [www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf](http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf)
- GOODHART, Artur L., “The ratio decidendi of a case”, *The Modern Law Review*, vol.22, n.5, março de 1959.

- GRABER, Mark A., “Does It Really Matter? Conservative Courts in a Conservative Era”, 75 *Fordham Law Review* 675, 2006.
- IDDD, “Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa”, 2015. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>
- \_\_\_\_\_, “Audiências de custódia. Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa”, 2017. Disponível em: [http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia\\_Panorama-Nacional\\_Relatorio.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf)
- KAFKA, Franz, *Carta a meu pai*, São Paulo, Editora Hemus, 1978.
- M<sup>c</sup>CANN, Michael W., “Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos ‘usuários’”, Em: Revista da Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2<sup>a</sup> Região, *Cadernos Temáticos - Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito*, dez. 2011, (pp. 175-196).
- MELO, Mônica de, João Vítor CARDOSO, Konstantin GERBER, “Acesso à justiça no Brasil: legislação, jurisprudência e análise comparativa com o sistema interamericano de direitos humanos”, em: CEJA, *Derecho de Acceso a la justicia: aportes para la construcción de un acervo latinoamericano*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Gráfica LOM, 2017.
- MENDES, Conrado Hübner, “Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, da Universidade de São Paulo, 2008.
- PIMENTA, Víctor, Tatiana MOURA, “Sem informação não se faz política penal”, Informativo Rede de Justiça Criminal nº 8, janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>
- PONTE JORNALISMO, Maria Teresa CRUZ, “Polícia prende, justiça solta?” Ponte jornalismo, 27 de março de 2018. Disponível em: <https://ponte.org/policia-prende-e-juiz-solta-o-que-acontece-nas-audiencias-de-custodia>
- ROSENBERG, Gerald N., “*The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*”, Estados Unidos da América, The University of Chicago, 1991.
- SANTOS Layza Queiroz e Alice De Marchi PEREIRA DE SOUZA (org.), “Vidas em luta: Criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil”, Terra de Direitos, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/acervo/publicacoes/livros/42/vidas-em-luta-criminalizacao-e-violencia-contra-defensoras-e-defensores-de-direitos-humanos-no-brasil/22548>
- SCHAUER, Frederick, “Has Precedent Ever Really Mattered in the Supreme Court?”, *George State University Law Review*, Vol. 24, 2007.
- SIMPSON, Alfred William Brian, “The ratio decidendi of a case”, *The Modern Law Review*, vol.22, n.5, setembro de 1959.
- STRECK, Lenio Luiz, *Súmulas no Direito Brasileiro, Eficácia, Poder e Função*, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto, “Breves Considerações sobre a Politização do Judiciário e sobre o Panorama de Aplicação no Direito Brasileiro – Análise da Convergência entre o Civil Law e o Common Law e dos Problemas da Padronização Decisória”, *Revista de Processo* vol.189, Revista dos Tribunais, 2010.

VOJVODIC, Adriana de Moraes, “Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização ao futuro”, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

## Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres, espacios incluidos (150 palabras), y una sugerencia de **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario*, el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a [iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de)
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
  - a) Nombre del autor\* y, entre paréntesis, el país de origen.
  - b) En la nota a pie de página correspondiente al \* deberá escribir:
    - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
    - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
  - c) Título del artículo.
  - d) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **referencias bibliográficas** deben incluirse a pie de página y contener los siguientes elementos:
  - a) **Libros:** Nombre y apellido del autor, título del libro (en cursivas), ciudad, editorial, año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:  
Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651], p. 11.
  - b) **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor, título del artículo o capítulo (entre comillas y redondas), en nombre y apellido del editor (ed.) o compilador (comp.), si corresponde, título del libro (en cursivas), ciudad, editorial, año de publicación, página(s).

Ejemplo:  
Douglas Durán Chavarría, “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, Unicef, 2000, pp. 13-15.
  - c) **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista (en cursivas), número, fecha, páginas.

Ejemplo:  
Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, pp. 10 y 32.

- d) **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas), nombre del sitio web o de la obra (en cursiva). Dirección electrónica.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor, Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

- e) Es necesario incluir una **bibliografía** al final de cada artículo. Para ello se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor y eliminando el número de página, excepto en los artículos de las publicaciones periódicas.

Ejemplo:

DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.


MARIÑO CASTELLANOS, Ángel, Danelia CUTIÉ MUSTELIER y Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento”, en Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ y Martha PRIETO VALDÉS, *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651].

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999.

- f) Cuando la publicación citada tenga más de tres autores se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.*





El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, de la Fundación Konrad Adenauer, presenta su edición número veinticuatro del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que para este año recopila 26 artículos de diversos autores de más de diez países de la región. Dichos textos han sido compilados en dos grandes capítulos: la participación ciudadana en un Estado democrático de derecho y la ejecución, cumplimiento e implementación de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales en la región. 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 algunas ponencias presentadas por diferentes magistrados en el marco del XIV Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales de América Latina, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer en Lima, del 6 al 8 de septiembre de 2018.