

Constitución y estado de derecho. Experiencias comparadas

Claudio Nash
Constanza Núñez
Natalia Morales
Marie-Christine Fuchs
Editores



tirant
lo blanch

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

Constitución y estado de derecho. Experiencias comparadas

Claudio Nash

Constanza Núñez

Natalia Morales

Marie-Christine Fuchs

Editores



tirant
lo blanch

**KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

© 2021 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93b No. 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+57 1) 743 0947
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

CONSTITUCIÓN Y ESTADO DE DERECHO. EXPERIENCIAS COMPARADAS

Editores: Marie-Christine Fuchs y Claudio C. Nash Rojas
Coordinación editorial: Magdalena Schaffler

ISBN 978-84-1397-719-5

Fecha: Mayo de 2021

Revisión de textos: Pablo Miravet Bergón

Diagramación: Innovatext, S. L.

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

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

Autores

Leonard Amaru Feil

Elena Bindi

Jesús María Casal

Jorge Contesse Singh

Bernard Duhaime

Pierre Foucher

Pierre Gilles Bélanger

Mônia Clarissa Hennig Leal

Alfonso Herrera García

Jörn Axel Kämmerer

César Landa

Natalia Morales

María Gracia Naranjo Ponce

Claudio Nash R.

Constanza Núñez

Aylin Ordóñez Reyna

Néstor Osuna Patiño

Nelson Ovalle

Emilio Pajares Montolío

Martín Risso Ferrand

José Antonio Rivera S.

Daniela Salazar Marín

Pablo Roberto Toledo

■ **ÍNDICE GENERAL**

PRESENTACIÓN	9
PRÓLOGO	15
ALEMANIA	29
ARGENTINA	87
BOLIVIA	127
BRASIL	165
CANADÁ	207
CHILE	251
COLOMBIA	293
ECUADOR	311
ESTADOS UNIDOS	349
ESPAÑA	391
GUATEMALA	441
ITALIA	491
MÉXICO	537
PERÚ	573
URUGUAY	611
VENEZUELA	645

■ PRESENTACIÓN

El proceso constituyente de Chile es, seguramente, uno de los acontecimientos jurídico-políticos más interesantes y emocionantes de nuestros días no solo desde la perspectiva del Derecho constitucional comparado, sino también desde el prisma de los reclamos formulados por la sociedad civil y la ingeniería constitucional que ha empezado a consolidarse. El 25 de octubre de 2020, el pueblo chileno aprobó con holgada mayoría en un plebiscito nacional la opción de promulgar una nueva constitución, y determinó que el órgano encargado de redactarla será la Convención Constituyente. Esta histórica elección es la expresión de una demanda social que una buena parte de los chilenos han defendido durante años y por la que muchos se han manifestado masivamente en 2019: el anhelo de un Chile socialmente justo y más inclusivo.

Aunque los esfuerzos para aprobar una nueva constitución en Chile no son nuevos –durante el mandato de la expresidenta Michelle Bachelet ya hubo un plan de reforma constitucional que, sin embargo, no obtuvo la mayoría suficiente–, ahora comienza en Chile el proceso orientado a configurar la constitución más adecuada y dialógica para el país. Si bien este proceso es único y solo los chilenos pueden decidir cómo debe diseñarse esta normatividad, muchos otros países del mundo se han planteado las mismas preguntas que ellos en la historia de sus procesos constituyentes. A menudo, acontecimientos y episodios como las dictaduras, las guerras y los disturbios sociales han catalizado el impulso político para proyectar las esperanzas nacionales de un futuro mejor en una nueva carta magna.

Los chilenos tienen que buscar y encontrar su propio camino mediante el diálogo y la democracia. Sin embargo, desde el Programa Estado de Derecho América Latina de la Fundación Konrad Adenauer pensamos

que una visión jurídica comparada de otros procesos constitucionales resulta indispensable para enriquecer la discusión en este país del Cono Sur. Por ello, nuestro objetivo es crear un manual de Derecho comparado sobre las estructuras estatales esenciales, los catálogos de derechos fundamentales y los debates constitucionales de las democracias más relevantes de América Latina y Europa. El proceso constitucional chileno constituyó el impulso para este proyecto. Sin embargo, esperamos que este manual sea también una herramienta importante para los futuros procesos de elaboración –o de reforma– de las constituciones que tengan lugar en la región.

En este sentido, cada uno de los procesos históricos y constitucionales que han experimentado los países analizados en este libro han influido en los diseños institucionales que se han ido desarrollando para garantizar, por un lado, la máxima protección de los derechos fundamentales de su población, y por otro, el equilibrio de sus sistemas de poder. Esta ideología de los Estados modernos se funda en un modelo de democracia dialógica que debe incorporar a la mayor parte de sus ciudadanos al proceso de adopción de las decisiones políticas fundamentales. No obstante, y en contraposición a este ideal, las constituciones reflejan problemas relativos a cuestiones fácticas o estructurales, entre ellas la cultura, los conflictos internos y externos, la geografía, los recursos de cada país y la falta de arreglos políticos satisfactorios.

En este orden de ideas, los Estados de Derecho enfrentan una serie de tensiones, no solo entre las reglas del constitucionalismo y la democracia, sino también entre los procedimientos del cambio constitucional estipulados en la propia norma suprema y las bases democráticas que promueven tales cambios. Por ello, esta obra que hemos impulsado desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica también tiene como objetivo develar algunas de estas tensiones en los procesos constitucionales de Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, España, Guatemala, Italia, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Partiendo de la idea de que los procesos constitucionales son diversos y de que, en líneas generales, presentan condicionantes contextuales idiosincrásicos que explican que cada país transite por una senda

diferenciada, este volumen ofrece un análisis comparado de las experiencias de los países mencionados con el fin de contrastar algunas hipótesis que puedan dar cuenta de algunas continuidades y discontinuidades y que permitan conocer más de cerca la construcción de identidad que ha forjado los países estudiados. Los resultados que esperamos conseguir al publicar esta obra propiciarán la construcción de una base teórica para futuros proyectos democráticos.

Para lograr los objetivos propuestos, este libro reúne una serie de artículos que giran alrededor de ejes tanto generales como específicos del Estado de Derecho. En primer lugar, los autores llevan a cabo una descripción de los sistemas de gobierno que rigen en cada país partiendo del análisis de su formación institucional, la evolución de la misma y la historia de la protección de los derechos civiles y políticos. Este primer análisis pretende mostrar los desarrollos propios de cada país para establecer sus arreglos políticos e institucionales actuales. En segundo lugar, los textos aquí compilados abordan los ejes más específicos que condujeron a cada país a realizar reformas constitucionales que terminaron debilitando o fortaleciendo sus procesos democráticos. Cuestiones como el modelo económico, las crisis sociales, los conflictos internos, los procesos dictatoriales, entre otras muchas, son variables importantes para definir los criterios fácticos que condujeron a realizar reformas en el ámbito normativos.

El Derecho comparado, concebido como herramienta metodológica, permitirá mostrar los diferentes momentos históricos de la formación constitucional que cada país modeló para gestionar los problemas que han enfrentado y enfrentan. En este sentido, los editores han realizado un esfuerzo por mostrar las experiencias de países diversos, lejanos o cercanos, tanto en tiempo como en espacio, con democracias estables, crisis profundas o procesos de cambio.

Las experiencias constitucionales de países europeos como Alemania, España e Italia permitirán acometer un análisis de la evolución de los Estados que enfrentaron directamente dos guerras mundiales, y que, una vez finalizadas, lograron encontrar vías para construir un proyecto democrático de largo alcance. A pesar de que sus esquemas institucionales

son diferentes, estos países tuvieron un pasado común que construyó una identidad constitucional estudiada por la doctrina a través del análisis de sus procesos federales, sus políticas de cambio, los derechos que reconocen y su arreglo institucional.

Estados Unidos, uno de los países cuyo sistema es analizado en este volumen, empezó a construir un proceso constitucional y democrático desde su independencia que se ha ido consolidando en el tiempo. Podrán evidenciarse diferentes procesos de inclusión como el de los indígenas norteamericanos, así como la consolidación y tipo de gobierno a través de los enfoques que ha ido construyendo la línea jurisprudencial de la Corte Suprema. Dentro de este análisis, también se incluyó a Canadá, país que, pese a compartir una de las fronteras más extensas con Estados Unidos, tiene un diseño institucional propio basado en una Constitución consuetudinaria.

Dicho esto, para enriquecer el proceso constituyente chileno e incentivar futuras reformas constitucionales en la región, parece evidente que los países de América Latina han sido los principales objetos de la investigación desarrollada en este volumen. Dar cuenta de la experiencia de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Perú, Uruguay y Venezuela puede mostrarnos algunas tendencias que explican las reformas constantes de su marco constitucional.

Las reformas arriba planteadas están ligadas principalmente a fenómenos o cuestiones políticas como la entrega de poderes exacerbados a líderes políticos carismáticos y las diferentes formas de control entre los poderes que no terminan por encajar en los diseños institucionales de las primeras constituciones y que requieren cambios drásticos, así como a problemas internos –procesos de paz, crisis económicas y reclamos identitarios– que han impactado en los diseños institucionales y que han sido desatendidos por años.

Con todo, hemos aprendido con los años que los procesos de formación de los Estados nación no han sido fáciles y que el Derecho, entendido como una de las formas de imaginar la realidad, nos permite siempre proponer cambios y lograr acuerdos consensuados. También muestra los

errores cometidos para aprender de los mismos. En este sentido, el proyecto de describir los diferentes arreglos constitucionales en diversos países también constituye una invitación para que el lector imagine diferentes formas de acuerdos y proyectos orientados a alcanzar el objetivo que algunas constituciones plasman en su preámbulo a modo de síntesis filosófica de la institucionalidad en ellas establecida: «la felicidad de sus integrantes».

La idea principal es que en las páginas de este libro los lectores encuentren herramientas que les permitan analizar con claridad la manera en que se han ido desarrollando diferentes procesos de construcción estatal y constitucional. Este trabajo también nos permite seguir formulando preguntas sobre el pluralismo, el multiculturalismo, los procesos dialógicos, la intervención ciudadana y su papel en la formación de una democracia, la importancia de los partidos políticos y la propuesta de nuevas reformas constitucionales.

Estas preguntas no son solo retrospectivas. Diversos problemas institucionales que aún no se han resuelto con éxito permanecen abiertos y controvertidos en la actualidad, no solamente en Chile.

En nombre del Programa Estado de Derecho, queremos expresar nuestro especial agradecimiento al distinguido profesor Claudio Nash Rojas, aliado desde hace mucho tiempo con el Programa y miembro fundador de nuestro Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos fundamentales, así como a su excelente equipo de investigación, formado por Constanza Núñez y Natalia Morales, por proyectar y dirigir esta sobresaliente investigación y garantizar que el resultado académico sea de tan alta calidad. También queremos dejar pública constancia de nuestra gratitud a las y los autores de esta obra por la dedicación con la que han encarado sus respectivas investigaciones, así como por su buena disposición en la elaboración de esta ambiciosa y relevante publicación. Desde el Programa Estado de Derecho, esperamos que este proyecto sirva como una carta de navegación para la construcción de mejores soluciones en el futuro. Por último, quisiéramos agradecer a la editorial Tirant lo Blanch la publicación de esta importante obra y la difusión de la misma en varios países latinoamericanos y europeos.

Esperamos sinceramente que la lectura de esta obra incentive nuevos debates y que podamos contar con las valiosas contribuciones de los autores en el futuro para que el destino de los países latinoamericanos esté siempre regido por el diálogo y para que nuestros Estados de Derecho sean cada día más robustos.

Marie-Christine Fuchs

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

Magdalena Schaffler

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

■ PRÓLOGO

Claudio Nash
Constanza Núñez
Natalia Morales

A partir de las movilizaciones del 18 de octubre de 2019, en Chile se ha expresado con intensidad una demanda ciudadana de fondo: la adopción de un acuerdo político y social que debe plasmarse en una nueva Constitución. Se trata de un reclamo característico y particular del proceso social chileno, ya que, si bien es común que se desarrollen movilizaciones sociales que generen un proceso «antisistema», es más difícil que dichos movimientos canalicen una reivindicación tan clara y de forma tan rápida como la que se ha producido en este caso¹. El resultado ha sido la activación de un proceso institucional orientado a promulgar una nueva constitución que está llamada a reemplazar al texto constitucional heredado de la dictadura militar (1973-1990). La profundidad de este proceso constituyente evidencia que se trata de un cambio que se ha demandado hace mucho tiempo; prueba de ello son las discusiones constitucionales desarrolladas en distintos momentos desde el retorno a la democracia en 1990.

El caso chileno ha demostrado que las movilizaciones ciudadanas pueden ser portadoras de una propuesta política posteriormente canalizada a través de un proceso constituyente institucionalizado. Lo que se

.....
¹ Para un interesante análisis comparado (europeo) sobre la experiencia política de los movimientos sociales desde 2008 en adelante, véase CASTAÑO, P. et al. (2019): *De las calles a las urnas. Nuevos partidos de izquierda en la Europa de la austeridad*, Madrid: Akal.

ha vivido en Chile es la expresión material de lo que Bruce Ackerman ha denominado «un momento constituyente»².

Así, en la madrugada del 15 de noviembre de 2019, en medio de un clima político muy tensionado en el que las manifestaciones no cedían, la violencia iba tomando cuerpo en la agenda pública y el Gobierno insistía en el recurso a una política de graves violaciones de derechos humanos, se arribó a un amplio acuerdo para dar una salida a la demanda ciudadana por una nueva Constitución³.

Como es sabido, la discusión constitucional no era nueva en Chile. Ya en el segundo Gobierno de la presidenta Michelle Bachelet se diseñó un itinerario constituyente que, si bien no logró los resultados esperados, sí tuvo la capacidad de generar expectativas e implicación popular⁴. De hecho, en un proceso inédito de participación ciudadana, se convocaron cabildos a distintos niveles (locales, provinciales, regionales) en los que participaron más de 200.000 personas interesadas en deliberar sobre los contenidos de una futura constitución⁵. Lamentablemente, la discusión política y mediática se centró en el mecanismo de discusión de la futura norma suprema (asamblea constituyente, congreso, comisión de expertos), debate que el Gobierno nunca resolvió, dado que actuó siempre en una especie de limbo institucional⁶. Dicho proceso no pudo culminar de manera exitosa por diversos

.....

2 ACKERMAN, B. (1991): *We the People: Foundations*, vol. I, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

3 El documento completo está disponible en: <https://www.bcn.cl/proceso-constituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-1>.

4 Una buena compilación de los documentos generados en dicho proceso está disponible en: <<http://archivospresidenciales.archivonacional.cl/index.php/proces-o-constituyente?sort=lastUpdated&limit=20&listLimit=20>>.

5 El informe final del Consejo Ciudadano de Observadores que supervisó el proceso está disponible en: <<https://coyunturapolitica.files.wordpress.com/2017/01/informe-final-cco-16-de-enero-de-2017.pdf>>.

6 Para una síntesis de los temas que en ese momento eran relevantes para la discusión constituyente previo al proceso de Bachelet, en el marco del bicentenario, ver: FUENTES *et al.* (2010): *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago de Chile: Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO) de la Universidad Diego Portales y de la Fundación Böll. Para hacerse una idea de los temas que se discutían en el proceso de Bachelet, véase: SIERRA, L. *et*

factores que motivaron que el Gobierno no contara ni con la voluntad ni con los apoyos políticos para aprobarlo. El Gobierno solo envió al Congreso una propuesta de texto constitucional los últimos días de su mandato, en marzo de 2018, para que el órgano legislativo decidiera cómo sería discutido, lo que sumió a dicho proyecto en la más absoluta irrelevancia política⁷.

La lección para la ciudadanía fue clara: los momentos constituyentes deben contar con movilizaciones ciudadanas que se apropien del proceso, ya que este no puede quedar en manos de las discusiones de las cúpulas políticas. De ahí la justificada desconfianza que despertó el acuerdo del 15 de noviembre de 2020, que, si bien constituyó un hito central para iniciar –formalmente– el proceso constituyente, no contó con participación ciudadana, esto es, se excluyó la misma ciudadanía que había propuesto y generado las condiciones para que esta discusión constitucional pudiera generarse. Aun así, se trataba de una oportunidad inédita de cambio, y la ciudadanía la apoyó ampliamente el 25 de octubre de 2020 con un contundente 78.28 % de votos afirmativos para la opción «apruebo» el proceso constituyente, determinando que el órgano encargado sería una convención constitucional apoyada por un 78.99% de los votos.

Este contexto marca el origen de este libro. Nos guía la convicción de que la única forma de avanzar en un proceso constituyente con amplia participación social es mediante la generación de condiciones de deliberación informada. En ese sentido, una de las cuestiones centrales para abordar la situación constitucional de nuestro país es contar con un análisis comparado que enriquezca el debate a través del estudio de las soluciones a las que han arribado otros países frente a las cuestiones que se plantean a la hora de proyectar una constitución del siglo XXI capaz de responder a los desafíos de la realidad y constituir un proyecto colectivo de futuro.

.....
al. (2016): *Propuestas Constitucionales*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en: <<https://www.cepchile.cl/cep/libros/libros-digitales/propuestas-constitucionales-la-academia-y-el-cambio-constitucional-en.>>.

7 El proyecto presentado por la Presidenta Bachelet a cinco días de dejar el poder está disponible en: <<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf>>.

Por ello, es importante recordar algunas cuestiones básicas relativas a la relación entre constitución y Estado de Derecho que nos permitan explicar la importancia de este estudio y los supuestos sobre los cuales se construye.

La necesidad de limitar el poder –sea quien sea el que lo detente– y proteger a los individuos sometidos al mismo ha sido una preocupación constante en la historia de la humanidad, y, particularmente, una de las bases sobre las cuales se sustenta el constitucionalismo nacido el siglo XVIII⁸. Efectivamente, si hay un hilo conductor que permite vincular los esfuerzos realizados desde hace siglos por limitar el poder del monarca a través de la Carta Magna (1215) y el actual debate constitucional es precisamente la búsqueda de formas institucionales para controlar a las autoridades. La gran diferencia es que hoy los derechos humanos no son concesiones ni privilegios, sino derechos subjetivos dotados de protección nacional e internacional que de los que somos titulares frente a la autoridad no solo para *limitar el poder*, sino también para *legitimar* ese poder.

Así, frente a la concentración extrema de poder en manos del monarca, de la que la frase de Luis XIV «El Estado soy yo» es expresión paradigmática, surge la demanda para establecer límites a dicho poder. El límite será una cuestión que decidirá «el pueblo» a través de la ley. De ahí que la idea del *rule of law* o «Estado de Derecho» sea la expresión de un límite al poder que debe estar sujeto al imperio de la expresión de las mayorías (ley). En ese contexto, la constitución pasa a ser considerada la «ley fundamental», ya que a través de este instrumento se organiza el poder y es el pueblo («We the people», «nosotros, el pueblo») quien decide cómo organizar la convivencia política, qué órganos detentarán el poder y quién ejercerá dichas funciones, así como sus límites y obligaciones⁹.

.....

8 Para una mirada amplia del desarrollo de los límites al poder, que se origina en la Grecia antigua, pasando por la edad media y toma fuerza en los términos actuales en la modernidad, véase FIORAVANTI, M. (2001): *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid: Trotta.

9 En este sentido es interesante la tesis del profesor Dieter Grimm que ve en la acción del Estado una amenaza de intervención que debe ser conjurada

Una síntesis insuperable de estas ideas quedaron plasmadas en el artículo 16 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789:

«Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».

El concepto «Estado de Derecho» responde a un modelo organizativo que surge en la Ilustración y que ha ido modificando su estructura y alcance a partir de las condiciones históricas posteriores. Los principales paradigmas del Estado de Derecho que se han reconocido por la doctrina son el liberal y el social o social democrático¹⁰.

Como forma de organización social, el Estado de Derecho tiene su fundamento en la filosofía liberal y se basa en una concepción de los seres humanos como sujetos libres e iguales que tienen la misma capacidad para participar en el mercado y producir, transferir y adquirir bienes¹¹. A diferencia del sistema monárquico, el Estado Liberal se rige por los siguientes principios: el principio de legalidad de todos los actos realizados por los agentes del Estado; la publicidad de los actos tanto legislativos como administrativos y judiciales; además de, como observa Ferrajoli, la sujeción

.....
a través de reglas establecidas para delimitar dicha intervención y concluir que «democracia, Estado de derecho y división de poderes flanquean, de este modo, la protección sustancial de los derechos fundamentales y estabilizan la disociación existente entre Estado y sociedad» GRIMM, D. (2006): *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 183-184.

¹⁰ Este tema lo hemos tratado con mayor detalle en: NASH, C. (2013): «Estado social y democrático de derecho en Chile: tan cerca y tan lejos», en: *Control de Convencionalidad. De la dogmática a la implementación*. Editorial Porrúa, México, 2013, pp. 27-54.

¹¹ DÍAZ, E. (2002): «Estado de Derecho y legitimidad democrática», en M. Carbonell *et al.*, *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Siglo XXI; ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS (2006): *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto; y FERRAJOLI, L. (2011): *Principia Iuris. Vol. II*, Madrid: Trotta.

a control de todas las actividades del Estado. Las primeras concreciones normativas del Estado de Derecho liberal fueron la declaración de derechos de 1689 en Inglaterra, la Constitución de en América del Norte de 1787 (así como las diez primeras enmiendas a la misma introducidas en 1791) y la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en Francia¹².

En el marco de la crisis del Estado liberal de fines siglo XIX cobró vigor la idea del «Estado social», cuyo objetivo es reducir las desigualdades materiales generadas por el mercado. En este modelo, el Estado no es ya un ente pasivo y pasa a cumplir un rol activo cuyo objetivo es revertir las situaciones de inequidad a las que se ven enfrentados determinados grupos de personas. En este sentido, puede identificarse un cambio de paradigma respecto al contenido del principio de igualdad, ya que se produce el tránsito de una concepción de la igualdad meramente formal –propia de la filosofía liberal– a una concepción complementaria de la igualdad entendida como igualdad material que justifica la intervención estatal en la economía para mitigar las situaciones de desventaja social en la que se encuentran determinadas clases de personas¹³.

El concepto de «Estado social y democrático de Derecho» es una respuesta frente a desviaciones autoritarias del Estado social de Derecho que comienza a utilizarse tras la Segunda Guerra Mundial. Su primera consagración constitucional tuvo lugar en los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn alemana de 1949 y con la incorporación de derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917¹⁴. También ha sido consagrado por las Constituciones de Colombia (artículo 1º), Ecuador

.....
 12 Para un completo análisis de este proceso histórico, véase DÍAZ, E. (2002): «Estado de Derecho...», *op. cit.*, pp. 61-95.

13 «[...]se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador». (ABRAMOVICH, V. y C. COURTIS (2006): *El umbral de la ciudadanía...* *op. cit.* p. 13).

14 VALADÉS, D. (2002). «La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho». En: Carbonell, M. et al: *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Ciudad de México, México: Editores Siglo XXI, pp. 129-186.

(artículo 1º), Paraguay (artículo 1º), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2) y Venezuela (artículo 2).

En el siglo XXI, hablar del Estado social y democrático de Derecho implica hablar de un diseño constitucional caracterizado por el resguardo de los derechos civiles del individuo –incluyendo los derechos de participación política–, así como por la institucionalización de mecanismos de distribución de la riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo. Cabe destacar, también, que en este modelo de se considera indispensable la participación ciudadana, entendida como una forma de ejercer control sobre los órganos de poder¹⁵. En este sistema estatal, el Estado no solo está sujeto a imperio de la ley, sino que también tiene la obligación de proteger, garantizar y promover los derechos fundamentales¹⁶ en el marco de un rol normativo de la Constitución que no fija únicamente un marco general de convivencia, sino que es, además, un instrumento relevante en el diseño de políticas públicas y en las decisiones judiciales¹⁷.

El Estado de Derecho es, actualmente, un modelo organizativo que no se agota en el ámbito nacional, sino que tiene también una dimensión internacional¹⁸. Esta visión ampliada del constitucionalismo viene dada por un cambio en el constitucionalismo democrático concretado en la incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en los

.....
 15 Para una interesante visión sobre la tensión entre la democracia representativa y los mecanismos de participación en las nuevas constituciones latinoamericanas, véase RAMÍREZ-NÁRDIZ, A. (2016): «Nuevo constitucionalismo latinoamericano y democracia participativa: ¿progreso o retroceso democrático?» 132 *Vniversitas*, pp. 349-388. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.nclld.>>.

16 ARANGO, R. (2004): *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

17 HESSE, K. (1996): «El significado de los derechos fundamentales», en Benda, *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Evap-Marcial Pons; y FERRAJOLI, L. (2011): *Principia Iuris*, *op. cit.*.

18 FERRAJOLI, L. (2001): «Pasado y futuro de Estado de Derecho», *Revista internacional de filosofía política*, núm. 17.

sistemas estatales que conforma un constitucionalismo de carácter «supranacional»¹⁹.

De esta forma, una mirada actual del Estado de Derecho remite al diseño constitucional que regula el poder del Estado a través de instituciones básicas. Nos interesa que estas instituciones y los diseños que han ido configurándose en la experiencia comparada sean objeto de una mirada experta y, para ello, convocamos a un grupo de especialistas para que analizaran las experiencias nacionales, pero desde una perspectiva comparada.

Al convocar a los autores/as de este estudio, fijamos algunos parámetros generales sobre los objetivos del proyecto y precisamos lo que esperábamos de cada uno de los estudios nacionales. En este sentido, planteamos a los/as convocados/as que el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer y la Fundación Diálogo Jurisprudencial se habían propuesto poner a disposición de todos quienes estuvieran interesados el constitucionalismo y el Estado de Derecho un estudio comparado sobre los diseños constitucionales de países europeos y latinoamericanos. Así, el objetivo general del proyecto es brindar un análisis crítico y esquemático de los diferentes conceptos constitucionales que sea accesible para cualquier persona atraída por el debate constitucional. Además, este proyecto trata de apoyar el proceso constituyente que está desarrollándose en Chile.

Los ejes analíticos del estudio son las estructuras básicas del Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales. Para llevarlo a cabo, contamos con la participación de expertos/as en la materia, que aportan una descripción de cómo están desarrollados estos elementos en sus respectivas constituciones, así como un análisis crítico de los mismos.

Los expertos/as convocados fueron los siguientes: Jörg Kämmerer (Alemania), Pablo Roberto Toledo (Argentina), Antonio Rivera (Bolivia), Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil), Pierre Foucher, Nelson Ovalle, Bernard Duhaime y Pierre Gilles Bélanger (Canadá), Néstor Osuna (Colombia), Claudio Nash (Chile), Daniela Salazar y María

.....
19 *Ibidem.*, p. 40.

Gracia Naranjo (Ecuador), Emilio Pajares (España), Jorge Contesse (Estados Unidos), Aylin Ordóñez (Guatemala), Elena Bindi (Italia), Alfonso Henríquez (México), César Landa (Perú), Martín Risso (Uruguay), Jesús M. Casal (Venezuela). Desafortunadamente, la autora a la que correspondía el análisis del sistema de Francia no pudo cumplir con la entrega comprometida.

A fin de contar con un texto que permita un estudio comparado de los distintos diseños constitucionales para poder extraer algunas conclusiones con una mirada de conjunto, planteamos a cada uno de los expertos/as convocados las siguientes preguntas para que guiaran sus respectivos análisis:

- Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía: ¿Cómo se autodefine el Estado? (Estado social de Derecho, Estado democrático de Derecho, etc.). ¿Qué implicancias prácticas ha tenido la definición de ese modelo de Estado? ¿Qué tipo de organización político-territorial se define en la Constitución? (Estado Unitario, Estado Federal) ¿Cómo se consagra la ciudadanía? ¿Qué relación tiene con la nacionalidad? ¿Existe el reconocimiento de más de una nación en el Estado? ¿Cuál es su evaluación de este diseño constitucional? ¿Ha sido objeto de revisiones este sistema de recepción a partir del texto constitucional original?
- Modelo económico: ¿Existe una definición de un modelo económico en específico? ¿Qué rol desempeña el Estado en relación con la definición y desarrollo del modelo económico? ¿Interviene o no en la regulación del mercado? ¿En qué tipo de normas se manifiesta este modelo económico? ¿Cuál es su evaluación de este diseño constitucional? ¿Ha sido objeto de revisiones este sistema de recepción a partir del texto constitucional original?
- Modelo político y sistema de gobierno: ¿Qué sistema de gobierno se consagra (presidencial, parlamentario, mixto)? ¿Qué modelo de organización política parlamentaria se consagra en la constitución? (congreso unicameral, congreso bicameral). ¿Existen otros

órganos legislativos además del congreso? ¿Cómo es la interacción entre gobierno y congreso? ¿Qué mecanismos de control existen entre los distintos poderes políticos? ¿Cuál es su evaluación de este diseño constitucional? ¿Ha sido objeto de revisiones este sistema de recepción a partir del texto constitucional original?

- Democracia y participación: ¿Qué dimensiones de la democracia se reconocen en su constitución? (por ejemplo, democracia representativa, democracia directa, democracia deliberativa). ¿Existen mecanismos de democracia directa? ¿Si fuera el caso, cuáles? ¿Qué mecanismos de control del poder político existen por parte de la ciudadanía? ¿Cuál es su evaluación de este diseño constitucional? ¿Ha sido objeto de revisiones este sistema de recepción a partir del texto constitucional original?
- Justicia constitucional: ¿Qué tipo de organismo estatal controla la vigencia de la constitución? (¿parlamento, suprema corte, tribunal constitucional, sala Constitucional específica?) ¿Qué tipo de control constitucional existe? (concentrado, difuso, mixto). ¿Cuáles son los principales mecanismos de control de la jurisdicción constitucional (amparo, acción de inconstitucionalidad, control abstracto/concreto, inaplicabilidad, etc.)? ¿Hay control previo (obligatorio/voluntario) de normas / tratados internacionales o control posterior obligatorio de leyes/decretos-leyes etc.? ¿Cuál es su evaluación de este diseño constitucional? ¿Ha sido objeto de revisiones este sistema de recepción a partir del texto constitucional original?
- Derechos fundamentales y principios constitucionales: En la parte dogmática de su constitución, ¿qué principios constitucionales recogen aspectos relevantes sobre derechos humanos? ¿Qué categoría de derechos se recogen en su texto constitucional? ¿Existe tratamiento particular de grupos en situación de desventaja (pueblos indígenas, niños-niñas-adolescentes, personas en situación de discapacidad, entre otros)? ¿Existe una cláusula constitucional que regula el mecanismo de incorporación de los instrumentos internacionales en materia de

derechos humanos? ¿Cuál es la jerarquía que se asigna en su constitución a los tratados, costumbre y principios internacionales en materia de derechos humanos? ¿Qué mecanismos de protección constitucional contempla su constitución (hábeas corpus, amparo, tutela, entre otros)? ¿Cuál es su evaluación de este diseño constitucional? ¿Ha sido objeto de revisiones este sistema de recepción a partir del texto constitucional original?

Con el fin de hacer algo más liviana la lectura de cada uno de los apartados nacionales, hemos omitido las preguntas y, en el trabajo de edición, hemos unificado el formato de presentación. Por supuesto, hemos respetado el contenido y el estilo de cada uno/a de los autores.

El resultado final del proyecto admite dos lecturas. La primera se centra en el análisis de cada país, en las principales características de los diseños constitucionales y en sus transformaciones y críticas. La segunda es una mirada comparada a algunos temas particulares o al conjunto del diseño constitucional.

Hemos puesto el énfasis en las experiencias nacionales porque el debate constitucional en el siglo XXI obliga no solo a mirar la propia historia constitucional, sino también la experiencia comparada. Estamos convencidos de que la apertura a esta perspectiva más amplia será fundamental para el éxito del proceso constituyente chileno y para cualquier experiencia de revisión constitucional a nivel mundial. El Derecho comparado puede ser una fuente inspiradora para nuevas soluciones a viejos problemas²⁰, ya que permite evaluar una diversidad de respuestas construidas localmente que pueden ser un insumo fundamental en la búsqueda de respuestas para las preguntas constitucionales del siglo XXI²¹.

.....
 20 ZWEIGERT, K. y H. KÖNTZ, H. (2002): *Introducción al Derecho comparado*, Oxford: Oxford University Press; y VERGOTTINI, G. (2004): *Derecho constitucional comparado*; México: UNAM.

21 VENTER, F. (2008): «Globalization of Constitutional Law through comparative Constitution-making», *Verfassung und Recht in Übersee (VRÜ)*, 41, pp. 16-31. Disponible en: <https://www.vrue.nomos.de/fileadmin/vrue/doc/VRUE_o8_01.pdf>.

El uso del análisis comparado permite, precisamente, contrastar los sistemas legales de diversas naciones, el espíritu y el estilo de los mismos, los métodos de pensamiento y los procedimientos que se utilizan en cada uno de ellos, esto es, lo que Zweigert & Köntz denominan «macrocomprensión». En todo caso, hablar de un sistema comparativo solo resulta posible cuando hay específicas reflexiones comparativas sobre un tema determinado y no una mera yuxtaposición de normas. Esto supone un conocimiento de las experiencias contrastadas y propicia una lectura adecuada de los contextos en que cada una se ha desarrollado.

Esa base informada es la que pretende aportar el presente libro. El análisis de una diversidad de procesos solo es útil cuando comparamos instituciones que cumplen la misma función. Para realizar un análisis adecuado y útil, este debe hacerse en forma cautelosa, con acceso a la documentación extranjera –en particular, la jurisprudencia y la doctrina. Asimismo, es necesario contar con ciertas nociones elementales de Derecho comparado y de los sistemas que se pretende evaluar. Por tanto, siempre es necesaria la dirección y supervisión de un jurista competente, de ahí el rol fundamental que cumplen los/as asesores/as técnicos en procesos constitucionales, y de ahí también nuestra decisión de convocar a expertas y expertos que nos suministren las bases para realizar un buen ejercicio práctico de análisis.

Finalmente, un libro como el que el lector tiene en sus manos solo ha sido posible gracias al esfuerzo de mucha gente. Por supuesto, quisiéramos agradecer, en primer lugar, a los autores y autoras que generosamente han contribuido con su conocimiento a este esfuerzo colectivo. En segundo lugar, a la Fundación Konrad Adenauer por el apoyo académico, logístico y financiero para llevar a cabo esta publicación. Asimismo, expresamos nuestro agradecimiento al equipo de la Fundación Diálogo Jurisprudencial que ha hecho posible esta empresa, siempre compleja, de convocar a un grupo de autores/as tan diverso.

También agradecemos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por el apoyo que ha brindado a esta investigación.

*

Todo este esfuerzo solo tiene sentido si el lector sigue adelante con la lectura de los trabajos y, particularmente, si se usa intensamente el valioso material académico que ponemos a su disposición.

Santiago de Chile, abril de 2021

■ ALEMANIA

Jörn Axel Kämmerer

(en colaboración con Leonard Amaru Feil)

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

a) Características del Estado

Incluso entre los juristas, el dato exacto de la fundación del Estado alemán no es indiscutido. Desde el año 1867 (el dato mayormente favorecido) tanto la denominación del Estado como sus características estructurales han cambiado varias veces. Mientras que el nombre del *Reich* alemán (*Deutsches Reich* o literalmente Imperio Alemán) no reflejaba la estructura federal que siempre ha caracterizado el Estado, excepto entre 1933 y 1945, la República *Federal* de Alemania la lleva bien visible en su nombre actual. Tanto federalismo como las demás características del Estado alemán están establecidos en el artículo 20, apartado 1, de la Constitución alemana¹, la llamada Ley Fundamental (*Grundgesetz*). Sin embargo, las deficiencias de redacción impiden obtener una imagen exhaustiva y precisa de todas estas características únicamente de la lectura del artículo 20, apartado 1. Por tanto, es útil leerlo conjuntamente con el artículo 28, apartado 1, primera frase², donde las características del artículo 20 (excepto el federalismo) son

.....

1 Artículo 20.

«1. La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social [...]».

2 Artículo 28.

«1. El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. [...]»

reiteradas de forma más explícita y prescritas de manera vinculante para los Estados federados (los *Länder*). Generalmente se sistematizan en dos grupos –los principios de la estructura estatal y los objetivos estatales–, si bien esta diferenciación no tiene consecuencias sustanciales al nivel de la práctica jurídica. En todo caso, los artículos 20 y 28, apartado 1, primera frase, contienen los siguientes principios constitucionales:

- el federalismo,
- el principio republicano,
- el principio democrático,
- el principio del Estado de derecho,
- el principio del Estado social.

En particular, el principio democrático y el Estado de Derecho son complementados por el artículo 20, apartados 2 y 3³, que hacen referencia a la soberanía popular, la separación de poderes, la supremacía de la Constitución y la sumisión de los poderes a la ley y al Derecho.

Aparte del principio republicano, que nunca ha sido objeto de un contencioso constitucional, todos estos principios son de gran importancia para la práctica constitucional alemana. Aunque cada uno de los principios del artículo 20 esté concretado en otros artículos de la Ley Fundamental (y, en la medida en existan tales concreciones se aplica el principio *lex specialis derogat legi generali*), en muchos casos los propios principios establecen el estándar para el control constitucional. Esto se debe, en gran parte, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal⁴, que ha construido

.....

3 Artículo 20.

«[...] 2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

3. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho [...]».

4 Para una selección de decisiones importantes de la judicatura del Tribunal Constitucional Federal en español véase Konrad-Adenauer-Stiftung, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más

varios subprincipios a partir de dichos principios. Un ejemplo de ello es el principio de comportamiento profederal (*Prinzip bundesfreundlichen Verhaltens*) que no se encuentra explícitamente en ninguna disposición de la Constitución, pero que fue derivado del principio federal; del principio democrático se deduce la regla de la mayoría, la protección de las minorías y el derecho a la oposición; el principio del Estado de Derecho implica ciertas garantías procesales, así por ejemplo la equidad procesal o la protección de la confianza legítima. Aunque, como tales, los principios solamente constituyen Derecho constitucional de carácter objetivo, en ocasiones el Tribunal Constitucional Federal les ha atribuido un componente subjetivo, junto con los derechos fundamentales. Como resultado de ello, el derecho subjetivo de los participantes a un proceso equitativo se deriva del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, apartado 1, de la Ley Fundamental) en conjunción con el principio del Estado de Derecho que se expresa en el artículo 20, apartado 3 (Tribunal Constitucional Federal, decisión del 26 de mayo 1981 – 2 BvR 215, 81, BVerfGE 57, 250 (274 f.)). En cambio, el derecho subjetivo a la protección del mínimo vital es inferido a partir de la garantía de la dignidad humana (artículo 1, apartado 1) en conjunción con el principio del Estado social del artículo 20, apartado 1 (Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 5 de noviembre 2019 – 1 BvL 7/16, apartados 118 ff.).

b) Ciudadanía y nacionalidad

Hasta el año 1913 no hubo una ciudadanía alemana única. En su lugar, los estados miembros del *Reich* tenían sus propias ciudadanía que conferían la afiliación al *Reich* alemán de una manera comparable a la ciudadanía de la Unión Europea, que es accesoria a la ciudadanía de los Estados miembros de la UE. Aunque hoy en día la Ley Fundamental no prohíbe a los *Länder*, establecer propias ciudadanía, estas ya no tienen más relevancia

.....
 relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, 2009. Disponible en: <https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_16817_4.pdf/oa66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa?version=1.0&t=1539662215607>.

práctica. La ciudadanía bávara, por ejemplo, se concede a cualquier persona alemana con residencia en Baviera.

Excepto un caso especial (que se tratará más abajo), el Derecho alemán no diferencia ciudadanía y nacionalidad. Sin embargo, durante la dictadura nacionalsocialista se creó una ciudadanía del *Reich* (*Reichsbürgerschaft*) a la que solamente podían acceder quienes satisficieran las exigencias del régimen nazi en cuanto al origen y la «raza». En consecuencia, la ciudadanía alemana (de la que quedaban excluidas las poblaciones judía y romaní) fue progresivamente desvalorizada en su función como vínculo de derechos y deberes. Después de la dictadura nacionalsocialista, la *Reichsbürgerschaft* fue abolida. Como ya se ha indicado, hay una excepción al principio que en el Derecho alemán no se diferencia entre ciudadanía y nacionalidad. Esa excepción, que tiene su razón de ser en las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial y que, por tanto, se ha vuelto insignificante se refiere a los millones de personas que fueron desplazadas de Europa del Este y de Europa Central oriental, sobre todo del «País de los Sudetes». Estas personas eran de lengua y cultura alemanas, sin bien nunca tuvieron la ciudadanía alemana, ya que sus territorios de asentamiento nunca habían pertenecido a Alemania. La Ley Fundamental confiere un estatus particular a estas personas de nacionalidad alemana (el texto de la Constitución habla de «*deutsche Volkszugehörigkeit*», expresión que podría ser traducida como «pertenencia al pueblo alemán»): aunque poseían la ciudadanía alemana, disfrutaban –en el ámbito de aplicación de la Ley Fundamental– de los mismos derechos que los ciudadanos alemanes (cf. artículo 116, apartado 1, de la Ley Fundamental).

La ciudadanía alemana, como probablemente debe de ser el caso en todo el mundo, puede ser obtenida por un acto administrativo o por nacimiento. Debido a que durante mucho tiempo Alemania no se autodefinió como «país de inmigración», la adquisición de la ciudadanía alemana se basaba exclusivamente en el principio de «ius sanguinis». La ciudadanía múltiple se aceptaba solamente en el caso de niños con padres de diferentes nacionalidades. Por lo general, la adquisición de la ciudadanía

alemana mediante un acto administrativo ha exigido tradicionalmente la renuncia a la ciudadanía extranjera. Sin embargo, y a resultas del aumento de inmigración a Alemania, se llegó a la conclusión de que Alemania sí es un país receptor de inmigración, lo que se motivó que se produjera una liberalización de las reglas sobre la adquisición de la ciudadanía. Actualmente se aceptan ciertos modos de adquisición de la ciudadanía que corresponden con el principio de *ius soli*: Un niño de padres extranjeros nacido en Alemania obtiene la ciudadanía alemana junto a la ciudadanía extranjera de los padres. Sin embargo, si la ciudadanía extranjera no es la de un país miembro de la Unión Europea, generalmente la persona tendrá que decidirse por una ciudadanía cuando alcance la mayoría de edad. Como parte de la liberalización legal, la obligación de tener que renunciar la ciudadanía alemana (y, respectivamente, a la ciudadanía extranjera) al cambiar la ciudadanía ha sido reducida sustancialmente. Prácticamente, esta obligación ya no existe con respecto a los Estados miembros de la Unión Europea.

Las normas sobre la adquisición y la pérdida de la ciudadanía alemana no se encuentran en la Constitución, sino que en una ley ordinaria, la Ley de Ciudadanía (*Staatsangehörigkeitsgesetz*). Al nivel constitucional en el artículo 16, apartado 1, de la Ley Fundamental⁵ reconoce solamente el derecho fundamental según el cual nadie debe ser privado de la ciudadanía alemana y dispone además que la pérdida de la ciudadanía solo podrá producirse contra la voluntad de la persona afectada si esta no se convierte por ello en apátrida. En este contexto, la privación implica la pérdida de la ciudadanía sobre la cual la persona afectada no tiene ninguna influencia. En cambio, la variante de una pérdida «contra la voluntad» es interpretada de manera restrictiva y no comprende la pérdida de una ciudadanía obtenida por fraude o engaño (Tribunal Constitucional

.....
5 Artículo 16.

«1. Nadie podrá ser privado de la nacionalidad alemana. La pérdida de la nacionalidad sólo podrá producirse en virtud de una ley, y contra la voluntad del afectado únicamente cuando éste no se convierta por ello en apátrida [...]».

Federal, sentencia del 24 de mayo 2006 – 2 BvR 669/04, BVerfGE 116, 24 (46 ff.)). Sin embargo, la expatriación de ciudadanos alemanes a causa de actos (por ejemplo crímenes) posteriores a la adquisición de la ciudadanía está constitucionalmente prohibida. Una razón para esta protección particular de la ciudadanía también es la experiencia de la dictadura nacionalsocialista, que privó a muchas personas de la ciudadanía o por lo menos la vació de contenido.

c) Grupos étnicos

Desde el punto de vista constitucional, solo existe un pueblo alemán («*Deutsches Volk*») que asume el papel del poder constituyente (cf. el preámbulo de la Ley Fundamental) y del soberano a efectos del principio democrático (artículo 20, apartado 2). La Ley Fundamental no reconoce otras naciones ni contiene derechos relativos a las minorías étnicas. Esto puede explicarse por el hecho que en 1949 Alemania (o, más bien, la parte occidental en la que la Ley Fundamental estuvo vigente hasta 1990) era un país étnicamente bastante homogéneo. Las lenguas minoritarias tradicionales y las minorías –entre ellos los sorbios (un pequeño grupo étnico que vive exclusivamente en Alemania) y los frisones que viven en la región del mar del Norte donde también hay una minoría danesa– son raros y se encuentran en pocas regiones. Las constituciones de los *Länder* en los que viven estos grupos contienen normas sobre la autonomía cultural de los grupos y su protección. Los aproximadamente 11 millones de extranjeros que viven en Alemania sin ser ciudadanos no poseen un estatus comparable a estos grupos y no son considerados una minoría «clásica».

d) Análisis crítico

Las normas constitucionales arriba citadas que contienen los principios constitucionales han sido muy estables, lo que se manifiesta en el hecho que en más de 70 años ninguna de ellas ha sido revisada. Esto puede explicarse por varias razones:

La primera razón reenvía a una particularidad de la Ley Fundamental: la «cláusula de intangibilidad» del artículo 79, apartado 3⁶. Ese artículo prohíbe de manera absoluta la derogación de ciertas garantías y ciertos principios, entre ellos todo el contenido del artículo 20. La democracia, el Estado de Derecho, el Estado social, la soberanía popular, la separación de poderes y la organización federal del Estado no pueden ser modificados por el legislador ni siquiera en un proceso de revisión constitucional. La amplitud de la cláusula de intangibilidad se ha vuelto cuestionable por lo menos en lo que respecta a la protección especial del principio federal, que comprende no solamente el principio en sí mismo, sino que también sus formas concretas. Sin embargo, en el marco de la creciente integración de Alemania en un Europa de estructura federal y de la tendencia general a la centralización debida al desarrollo técnico y al aumento de la movilidad, debería ser posible plantear la actualización de la estructura federal de Alemania. Esto es tanto más cierto en cuanto que estas estructuras son *per se* reticente a las reformas. La posibilidad de reorganizar los *Länder*, prevista por la Ley Fundamental en su artículo 29, nunca ha sido utilizada⁷. En 1990, la República Democrática Alemana no se adhirió técnicamente en su totalidad al ámbito de aplicación de la Ley Fundamental, sino que fue dividida en cinco *Länder*, los cuales, desde el punto de vista actual, parecen demasiado pequeños.

La segunda causa que explica la constancia de los preceptos mencionados es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ha

.....

6 Artículo 79.

«[...] 3. No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los Artículos 1 y 20.

7 Artículo 29.

«1. El territorio federal puede ser reorganizado para garantizar que los Länder, por su tamaño y su capacidad económica, estén en condiciones de cumplir eficazmente las tareas que les incumben. A tal efecto deben tenerse en cuenta las afinidades regionales, los contextos históricos y culturales, la conveniencia económica, así como las exigencias de la ordenación territorial y planificación regional. [...]».

conferido a los principios del artículo 20 una función muy importante para la práctica constitucional, con la consecuencia de que hoy en día son de gran relevancia para la interpretación de la Constitución y para todo el orden constitucional. No son un mero elemento decorativo, sino que forman parte del Derecho constitucional viviente. En este sentido, los principios constitucionales (excepto el principio federal) han sido muy exitosos en su «exportación», dicho esto en el sentido de que han inspirado varias constituciones tanto europeas como de fuera de Europa durante la segunda mitad del siglo XX. La tercera razón para la estabilidad de las normas constitucionales es que la Ley Fundamental se limita a establecer estipulaciones centrales, dejando los detalles a ley ordinaria. Sin duda, estos detalles pueden ser revisados por una mayoría simple, pero la reforma siempre tiene que cumplir las exigencias de la Ley Fundamental –particularmente, las del artículo 20– y está sujeta al control de constitucionalidad. Una cuarta causa de la longevidad podría ser la continuidad del sistema político entre los años 1949 y, por lo menos, 2010: a lo largo de este periodo no hubo ningún partido ni grupo político que pretendiera cuestionar seriamente los principios fundamentales de la Constitución.

El derecho relativo a la ciudadanía, por el contrario, se encuentra –al nivel de la ley ordinaria– en un proceso evolutivo. Hoy en día, la meta principal es facilitar la integración e inclusión y disolver la contraposición entre los alemanes y los «extranjeros» (así es como todavía se denomina a las personas que no tienen ciudadanía alemana incluso después de décadas). Esta circunstancia afecta a uno de cada ocho habitantes de Alemania⁸. Durante mucho tiempo, el derecho de ciudadanía no tenía ningún efecto integrador. Las nuevas normas que siguen el principio de *ius soli* son relevantes sobre todo para el amplio colectivo de personas de origen turco cuyos padres emigraron a Alemania como trabajadores extranjeros,

.....
 8 Cf. Statistisches Bundesamt (Destatis), Bevölkerung und Erwerbstätigkeit: Ausländische Bevölkerung, Ergebnisse des Ausländerzentralregisters, Fachserie 1 Reihe 2, 2019, Tabelle 1 Bevölkerung insgesamt und ausländische Bevölkerung 1871 bis 2019.

los llamados «*Gastarbeiter*» (literalmente, «trabajadores invitados») y se quedaron. En muchos casos, estas personas no se identifican exclusivamente con uno de los dos países, circunstancia que ha motivado la crítica de la obligación de tener que decidirse entre las ciudadanías; sin embargo, esa obligación tampoco es incondicional. Son pocas las situaciones en las que la aceptación de la doble ciudadanía conduce a conflictos de obligaciones (por ejemplo en el caso del servicio militar). Pero sigue siendo dudoso que la doble ciudadanía realmente fortalezca la identificación con el Estado alemán mientras la identificación con otro Estado sea posible. En este contexto, declaraciones controvertidas del presidente turco en Alemania durante su campaña electoral en el año 2010 sobre el tema de la integración, así como apariciones de miembros del Gobierno turco en Alemania antes del controvertido referéndum constitucional turco en el año 2017, han generado la cuestión de si el derecho de la ciudadanía en su forma actual no estará errando el blanco. En todo caso, al derecho le falta un instrumento que sea capaz de impedir la tendencia de la proliferación de ciudadanías en casos individuales. Con respecto a las personas con ciudadanía de otros Estados miembros de la UE que viven en Alemania, el derecho de ciudadanía alemán es relativamente insignificante. Debido al hecho que disfrutaban de casi todos los derechos y privilegios que los ciudadanos alemanes (excepto ciertos derechos políticos), el incentivo para este grupo de personas para adquirir la ciudadanía alemana es bastante limitado.

2. Modelo económico

a) No hay un modelo económico, sino solamente coordenadas constitucionales para la economía

La Ley Fundamental no establece ningún modelo económico para Alemania. Esta peculiaridad puede explicarse por las circunstancias en las que se elaboró la Constitución, cuatro años después del fin de una guerra perdida que había destruido amplias zonas del país y sus infraestructuras. En aquel contexto, había un alto grado de incertidumbre y desacuerdo sobre

el futuro camino económico. Por eso, la Ley Fundamental no tenía como objetivo contraponer un modelo de economía explícitamente de mercado al de la Constitución del este socialista del país (la República Democrática Alemana), que fue promulgada un poco tiempo después. No obstante, algunos juristas y economistas sostienen la tesis de que la Ley Fundamental presupone un modelo de «economía social de mercado» como el que planteaba Ludwig Erhard (el primer ministro de Economía de la República Federal de Alemania). En sí mismo, el concepto de la «economía social de mercado» carece de claros contornos legales y económicos precisos.

Lo que sí contiene la Ley Fundamental es un espectro de diseños económicos permisibles con márgenes amplios. Se permite tanto una economía de mercado como las intervenciones del Estado e incluso, en cierta medida, una economía estatal. Sin embargo, la Constitución exige que estos elementos sean conciliados. Por un lado, se reconocen el derecho fundamental a la libertad de profesión (artículo 12, apartado 1, de la Ley Fundamental⁹) y el derecho de propiedad (artículo 14¹⁰), que obligan al Estado a posibilitar la libertad empresarial y a garantizar la propiedad privada de los medios de producción. Las intervenciones en estos derechos fundamentales son permisibles, pero solamente a condición de que sean proporcionadas y que no afecten el contenido esencial y el núcleo de dignidad humana de esos mismos derechos fundamentales. La cuestión de si la participación del Estado o de empresas estatales en el mercado, por ejemplo –prestando servicios

.....
 9 Artículo 12.

«1. Todos los alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley. [...]».

10 Artículo 14.

«1. La propiedad y el derecho a la herencia están garantizados. Su contenido y sus límites serán determinados por las leyes.

2. La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.

3. La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios».

comerciales o desarrollando la producción industrial, por ejemplo– constituye una intromisión en los derechos fundamentales de los competidores privados y es controvertida. Según la opinión predominante –y, a nuestro juicio, preferible– la participación estatal en el mercado no constituye ninguna injerencia si el Estado actúa solo con medios conformes al mercado y sin beneficiarse derechos especiales (cf. Tribunal Administrativo Federal, decisión del 21 de marzo 1995 – 1 B 211/94).

La libertad empresarial y la propiedad privada están limitadas por el principio del Estado social. Este principio obliga al Estado a promover un equilibrio social. El Estado puede asegurar este equilibrio, por ejemplo, proporcionando prestaciones sociales o incluso creando obligaciones para las empresas, entre otros, en ámbitos como el Derecho laboral o la regulación de los mercados, entre otros. No obstante, también los derechos fundamentales de terceras personas dependientes de los servicios de ciertas empresas pueden activar obligaciones de actuación por parte del Estado, por ejemplo, en las esferas de los servicios de salud o de la comunicación basada en redes. En Alemania hay una tradición de intervenciones estatales en los procesos económicos y de gobernanza económica por parte del Estado. Aunque, por un lado, la Constitución exige que el Estado realice tales actividades en cierta medida, por otro lado el Derecho de la Unión Europea (sobre todo la prohibición de ayudas de Estado establecida en el artículo 107 TFUE) limita estas posibilidades.

Por lo tanto, el marco para la configuración de la economía previsto por la Ley Fundamental es bastante amplio. El artículo 15 de la Ley Fundamental¹¹ aclara esta amplitud, posibilitando en gran medida incluso la socialización del suelo y de los medios de producción, es decir, la economía estatal. Sin embargo, esta posibilidad nunca ha sido utilizada, ya

.....
11 Artículo 15.

«Con fines de socialización, el suelo, los recursos naturales y los medios de producción pueden ser situados bajo un régimen de propiedad colectiva o de otras formas de gestión colectiva por una ley que fije el modo y el monto de la indemnización. Con respecto a la indemnización se aplicará por analogía lo establecido en el Artículo 14, apartado 3, frases 3 y 4».

que políticamente no ha parecido oportuno, pero quizá también porque la indemnización que habría que pagar posiblemente supondría una carga demasiado grande para el presupuesto del Estado. Sería equivocado interpretar la amplitud del marco constitucional como una carta blanca para el legislador, ya que este tiene que encontrar un equilibrio adecuado entre lo que se prescribe y lo que se permite en términos sociales y de libertades fundamentales (cf. Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 1 de marzo 1979 – 1 BvR 532/77 et al., BVerfGE 50, 290 (336 ff.)). Cualquier restricción de la libertad tiene que servir a un objetivo de suficiente peso y debe ser proporcionada. Por eso, los tribunales de instancia han fijado repetidamente límites a las intervenciones estatales en la economía, aunque también se admite un amplio margen de apreciación para el legislador.

La tensión entre la «economía de mercado» y el atributo «social», inherente a la «economía social de mercado», determina básicamente toda la historia económica desarrollada bajo la vigencia de la Ley Fundamental. Aunque lo contrario parezca obvio en virtud de la amplitud del marco constitucional, esa historia se ha caracterizado por su gran continuidad. Los cambios de gobierno han provocado poco más que modificaciones marginales. Una explicación de esta dinámica se halla en la comparación con el modelo opuesto de la República Democrática Alemana, donde había un sistema económico totalmente dirigido por el Estado que producía resultados menos convincentes, lo que robusteció la convicción de la superioridad de la economía de mercado. No obstante, durante décadas hubo empresas estatales, incluso grandes compañías, aunque no tenían privilegios especiales y algunas ya fueron privatizadas en los años 50 y 60. En el contexto de la «euforia de planificación» que caracterizó los años 60, se intentó constitucionalizar determinados objetivos económicos, lo que motivó la incorporación del «equilibrio macroeconómico» como objetivo estatal en el artículo 109, apartado 2, de la Ley Fundamental¹², sin que esto haya tenido

.....

¹² Artículo 109.

«1. La Federación y los Länder son autónomos y recíprocamente independientes por lo que respecta a su gestión presupuestaria.

consecuencias perceptibles. Contrariamente, las oleadas de privatización en los años 90, que tanto en Alemania como en muchas otras partes del mundo concernían los servicios de red, condujeron a la transformación de autoridades antes estatales en empresas de servicios de propiedad estatal, cuyas acciones se pusieron posteriormente en venta en la bolsa. A primera vista esto podría parecer *thatcherismo* o *reaganomics*, pero tras un análisis más detallado puede observarse la diligente composición de un equilibrio entre la libertad y el orden social. Esto se manifiesta particularmente en los artículos 87e ff.¹³ y los artículos 143a f.¹⁴ de la Ley Fundamental, que desde

.....

2. La Federación y los Länder cumplen conjuntamente las obligaciones de la República Federal de Alemania que emanen de actos jurídicos de la Comunidad Europea en base al Artículo 104 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre el respeto de la disciplina presupuestaria y tienen en cuenta en este marco las exigencias del equilibrio global de la economía [...]».

13 Artículo 87e.

«1. Por lo que respecta a los ferrocarriles de la Federación, la administración de los transportes ferroviarios estará a cargo de una administración propia de la Federación. Una ley federal puede transferir a los Länder tareas de la administración de los transportes ferroviarios como asunto propio.

2. La Federación asume las tareas de administración de los transportes ferroviarios que exceden el ámbito de los ferrocarriles de la Federación, que le sean transferidas por ley federal.

3. Los ferrocarriles de la Federación son gestionados bajo la forma de empresas económicas de Derecho privado. La Federación será su propietaria en la medida en que la actividad de la empresa económica abarque la construcción, mantenimiento y explotación de las vías férreas. La enajenación de participaciones de la Federación a las empresas según la segunda frase se efectuará en virtud de una ley; la mayoría de las participaciones en estas empresas debe quedar en manos de la Federación. La regulación se hará por ley federal.

4. La Federación garantiza que el bien de la comunidad, especialmente las necesidades de transporte, sean tenidas en cuenta en la ampliación y conservación de la red de vías férreas de los ferrocarriles de la Federación así como en sus ofertas de transporte sobre esta red, salvo aquellas relacionadas con el transporte ferroviario de pasajeros de cercanías. La regulación se hará por ley federal [...]».

Artículos 87f y 90: véase notas 15 y 16.

14 Artículo 143a.

«1. La Federación tiene la competencia legislativa exclusiva para todos los asuntos que resulten de la transformación en empresas privadas de los Ferrocarriles Federales que se gestionan bajo administración federal. El artículo 87e, apartado

entonces han formado una codificación insular de un régimen constitucional económico generalmente difuso. Estos artículos prescriben que la Federación debe garantizar un cierto nivel de servicios esenciales, aunque ya no tenga que prestarlos ella misma –de este modo, el Estado no está liberado de sus obligaciones ante sus ciudadanos–. Con respecto a las vías férreas, la Ley Fundamental determina que la Federación no debe vender la mayoría de las participaciones en las mismas. Así el enlace de transporte, incluso en las regiones rurales, sigue estando garantizado. En la práctica, no fue posible privatizar más que la forma de organización de la Deutsche Bahn AG, la empresa ferroviaria estatal alemana. Tanto las vías férreas como los medios de transporte pertenecen completamente a la Federación hasta el día de hoy, mientras que en el caso de los correos (Deutsche Post AG) y la telecomunicación (Deutsche Telekom AG), el Estado es solo accionista

.....

5, se aplica por analogía. Por ley, los funcionarios de los Ferrocarriles Federales pueden ser puestos a disposición de un ferrocarril de la Federación organizado bajo la forma de Derecho privado, salvaguardando su posición jurídica y la responsabilidad de la autoridad pública competente.

2. La Federación ejecuta las leyes previstas en el apartado 1.

3. La realización de las tareas en el ámbito del transporte ferroviario de cercanías de los hasta ahora Ferrocarriles Federales incumbe a la Federación hasta el 31 de diciembre de 1995. Esto es válido también para las correspondientes tareas de la administración de transportes ferroviarios. La regulación se hará por una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat.

Artículo 143b [Transformación en materia de correos y telecomunicaciones]

1. El patrimonio especial del Correo Federal Alemán será transformado en empresas de Derecho privado, según los criterios establecidos en una ley federal. La Federación tendrá competencia exclusiva para todos los asuntos que de ello se deriven.

2. Los derechos exclusivos de la Federación existentes con anterioridad a la transformación pueden ser otorgados por ley federal, para un período transitorio, a las empresas surgidas del Correo Federal *Postdienst* y del Correo Federal *Telekom*. La Federación no podrá ceder la mayoría del capital de las empresas surgidas del Correo Federal *Postdienst* antes de que hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la ley. Para ello se requiere una ley federal con aprobación del Bundesrat.

3. Los funcionarios federales que presten servicio en el Correo Federal Alemán serán empleados por las empresas privadas manteniéndose su posición jurídica y la responsabilidad del empleador público. La regulación se hará por una ley federal.

minoritario. Sin embargo, sobre todo en el tráfico ferroviario regional la Deutsche Bahn AG tiene que competir con otros operadores de transporte. Para los sectores de correos y telecomunicación, el artículo 87f, apartado 2¹⁵, prevé explícitamente que tiene haber otros proveedores privados aparte de la Deutsche Post AG y la Deutsche Telekom AG. Otro fragmento del régimen constitucional económico ha sido creado hace pocos años por el artículo 90, apartado 2, quinta frase, de la Ley Fundamental¹⁶, que determina las posibilidades y los límites de las asociaciones público-privadas (*Public-Private Partnerships*) en materia de construcción de autopistas.

En los últimos años se ha producido una tendencia a la renacionalización en ciertos sectores, sobre todo en el del suministro de energía, tendencia que no contraviene la Ley Fundamental. Debido a la existencia de grandes obstáculos para la expropiación (artículo 14, apartado 3¹⁷),

.....
 15 Artículo 87f.

«1. Por lo que respecta al servicio de correos y a las telecomunicaciones, la Federación garantiza en todo el territorio, de acuerdo con lo que disponga una ley federal que requiere la aprobación del Bundesrat, servicios adecuados y suficientes.

2. Los servicios en el sentido del apartado 1 serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas del Patrimonio Especial Correo Federal Alemán y por otras ofertas privadas. Las tareas de soberanía en el ámbito del servicio de correos y las telecomunicaciones serán realizadas por la administración propia de la Federación.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, frase 2, la Federación llevará a cabo, bajo la forma jurídica de un organismo federal de Derecho público, las tareas particulares relacionadas con las empresas surgidas del Patrimonio Especial Correo Federal Alemán, de acuerdo con lo que disponga una ley federal».

16 Artículo 90.

«[...] 2. [...] La participación privada en el marco de las asociaciones público-privadas quedará excluida para las redes de rutas que abarcan la totalidad de la red federal de autopistas, o la totalidad de la red de las demás carreteras federales de largo recorrido de un Land o partes sustanciales de su territorio [...]».

17 Artículo 14.

«[...] 3. La expropiación está permitida sólo por razones de bien común. Podrá ser efectuada sólo por ley o en virtud de una ley que establezca el modo y el monto de la indemnización. La indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios».

habitualmente se intenta recomprar las empresas suministradoras. Aparte de esto, la «salvación» de empresas privadas que entraron en crisis, como la Commerzbank o la Lufthansa AG (que originalmente había pertenecido a la Federación), ha comportado su nacionalización parcial.

b) Análisis crítico

Las normas que la Ley Fundamental prevé para el sistema económico son escasas pero eficaces. Antes que un modelo económico, sería más apropiado hablar de una «matriz aproximada». A pesar de los márgenes amplios, hasta el día de hoy no hubo desviaciones extremas en una u otra dirección. Esto se debe también a la existencia de un consenso político básico sobre la economía de mercado, pero de configuración social –y también al hecho de que el sistema político raramente permite que una sola corriente de política económica obtenga la mayoría: los compromisos políticos en materia económica son casi inevitables. Desde el punto de vista jurídico, el equilibrio entre el «mercado» y lo «social» tiene que alcanzarse en cada una medida concreta (ya sea una ley o una acción administrativa). Así, llega a incrementarse la justiciabilidad de actos estatales relacionadas con el mercado. Si la Constitución no prevé ninguna norma específica, la cuestión de si una empresa está, por ejemplo, obligada a pagar un sueldo mínimo, a cumplir con convenios colectivos, a prestar servicios universales de telecomunicaciones, a seguir pagando el salario en caso de enfermedad, etc. depende de la justificación de la intervención en los derechos fundamentales afectados el en caso concreto. En ciertos ámbitos económicos, no obstante, la posibilidad de equilibrar los intereses contradictorios ya no depende de Alemania, dado que la competencia reguladora en muchos de ellos fue transferida a la Unión Europea. La legislación de la UE relativa a la competencia en el mercado interior exige que se respeten las libertades fundamentales que prevé el TFUE. Estas se caracterizan, sin embargo, por su tendencia a propiciar la liberalización antes que la economía estatal.

Retrospectivamente, se percibe una leve constitucionalización de las coordenadas económicas, aunque este desarrollo no esté encuadrado

en un cambio sistemático. Ocasionalmente, determinadas modas en la política económica se han reflejado en la Ley Fundamental; es el caso del artículo 109, apartado 2 («equilibrio macroeconómico» como objetivo estatal), o de a la privatización de los servicios de red. Pero la mayor influencia sobre las posibilidades (y los límites) de la privatización debe venir del avance tecnológico (sobre todo en el ámbito de la comunicación) y de la integración de Alemania en entramados de interdependencias internacionales económicas como el mercado interior de la UE. Esto conduce a una armonización del fundamento jurídico de los órdenes económicos en los Estados miembros de la UE, sin que suponga un cambio paradigmático en Alemania.

3. Modelo político y sistema de gobierno

a) Modelo político

La República Federal de Alemania es una democracia parlamentaria sin elementos presidencialistas. En este sentido, cabe destacar que el *Reich* alemán, instituido por la Constitución de 1919 establecía un sistema semi-presidencial en el que el poder se fue desplazando sucesivamente hacia el *Reichspräsident*, debido, entre otros factores, a deficiencias constitutivas de la Constitución. El fracaso político del presidente del *Reich* republicano (a veces denominado un «Emperador sustituto») y el nombramiento de Adolf Hitler como canciller fue uno de los motivos para no atribuir poderes de decisión política al jefe de Estado bajo la Ley Fundamental: el presidente de la República Federal de Alemania (*Bundespräsident*) tiene casi exclusivamente funciones representativas y de «notario de Estado».

b) El Parlamento

La cuestión de si el Parlamento alemán está dividido en una o dos Cámaras no puede ser respondida de manera inequívoca. De un punto de vista formal, habría que decir que no existen dos cámaras, sino que dos órganos legislativos: el *Bundestag*, elegido por todos alemanes por sufragio universal, libre, directo, igual y secreto en una elección de carácter básicamente proporcional, y el *Bundesrat*. Por lo tanto, la pregunta no

debería ser si el órgano legislativo es unicameral o bicameral, sino si el modelo legislativo presenta estructuras unicamerales o bicamerales. El *Bundesrat* representa los intereses de los *Länder*, es decir, de las regiones que en sí mismas tienen condición de estado, pero no está diseñado como un órgano de representación popular sino más bien como representación de los propios estados federados. A este hecho de debe también su peculiar composición en una comparativa internacional con otros países: está formado por miembros de los gobiernos de los *Länder*, es decir, según un principio gubernamental (modificado) y no según un principio de senado en el que los representantes son elegidos por el pueblo al nivel regional. Se dice que el sistema actual fue, en su día, promovido por los aliados. Esta composición del *Bundesrat* implica que solo el gobierno de cada uno de los 16 *Länder*, apoyado por la mayoría del correspondiente parlamento, está representado en el segundo órgano legislativo de la Federación. Eso lleva aparejado un doble cambio funcional: En el *Bundesrat*, los representantes del poder ejecutivo se convierten en miembros de un órgano legislativo y, como representantes de los *Länder*, se convierten en parte de un órgano federal. No obstante, este hecho parece menos llamativo si se considera que, en el sistema federal de la República Federal de Alemania, los *Länder* son mayormente responsables de la ejecución de las leyes federales. En este sentido parece lógico que los poderes ejecutivos de los *Länder* participen en la elaboración de las leyes que ellos mismos ejecutarán.

En relación con el procedimiento, el sistema legislativo de la Ley Fundamental puede caracterizarse como sistema «semi-bicameral». En consecuencia, el *Bundesrat* ha sido descrito como segunda cámara legislativa incompleta, lo cual no es apropiado, dicho esto en el sentido de que, como ya se ha señalado, no es una Cámara sino un órgano independiente. Sin embargo, dependiendo de la situación concreta, puede actuar como segunda Cámara o ejercer derechos mucho más limitados. El artículo 77, apartado 1, primera frase, de la Ley Fundamental¹⁸ evidencia que el

.....
18 Artículo 77

«1. Las leyes federales serán aprobadas por el Bundestag [...]».

Bundesrat no es un órgano equivalente al *Bundestag*, y estipula que las leyes federales son adoptadas por el *Bundestag*. El *Bundesrat* participa en el proceso legislativo, pero (aparte de su derecho de iniciativa legislativa, cf. artículo 76, apartado 1⁹) su influencia sobre el contenido de los textos legales es relativamente limitada. En el caso de ciertas leyes la Ley Fundamental determina que la entrada en vigor de la norma requiere la aprobación del *Bundesrat*. En estos supuestos, el *Bundesrat* actúa efectivamente como si fuera una segunda Cámara del parlamento. Si no aprueba una ley, esta es rechazada. En muchos casos, pero no en todos, las leyes que requieren la aprobación del *Bundesrat* afectan derechos soberanos de los *Länder*, particularmente aquellas leyes mediante las que la Federación interviene en la ejecución de leyes por parte de los *Länder*. En todos los demás casos, el *Bundesrat* solamente puede oponerse a proyectos legislativos, es decir, tiene un derecho de veto. Sin embargo, el *Bundestag* puede rechazar ese veto por la mayoría de sus miembros. Si al menos dos tercios de los votos del *Bundesrat* han vetado, se necesita –además de la mayoría de los miembros del *Bundestag*– una mayoría de dos tercios de los votos para rechazar el veto (artículo 77, apartado 4²⁰).

c) El Gobierno y su control por parte del Parlamento

Los vínculos entre el *Bundestag* y el Gobierno Federal son relativamente estrechos. Una separación personal estricta no está prevista ni se considera deseable. Se estima que el hecho de que miembros del Gobierno puedan ser al mismo tiempo miembros del *Bundestag* fortalece su independencia. El jefe del Gobierno Federal se llama canciller federal y es elegido

.....
19 Artículo 76.

«1. Los proyectos de ley serán presentados al Bundestag por el Gobierno Federal, por los miembros del Bundestag o por el Bundesrat. [...]».

20 Artículo 77.

«[...] 4. Si la oposición fuera acordada por mayoría de votos del Bundesrat, podrá ser rechazada por mayoría de los miembros del Bundestag. Si el Bundesrat hubiera acordado la oposición por una mayoría de, al menos, dos tercios de sus votos, el rechazo por el Bundestag requiere también una mayoría de dos tercios y, al menos, de la mayoría de los miembros del Bundestag».

normalmente por los votos de la mayoría de los miembros del *Bundestag* (artículo 63 de la Ley Fundamental)²¹. La Ley Fundamental está orientada a la estabilidad política y atribuye una posición fuerte al canciller federal, previsión que es relativizada por el sistema electoral proporcional, que no da lugar a claras mayorías a favor de un partido político, sino a gobiernos de coalición. Según la Ley Fundamental, la propuesta de los ministros federales le corresponde solo al canciller federal (mientras que el nombramiento por parte del presidente federal, previsto en el artículo 64, apartado 1, es una mera formalidad), pero en realidad la prerrogativa del canciller es limitada si el acuerdo de coalición reconoce un derecho de propuesta a uno de los partidos políticos. De tal manera, el Parlamento tiene una posibilidad de influir en el Gobierno que no está prevista por la Constitución. La destitución del canciller federal solamente es posible por moción de censura constructiva: el *Bundestag* tiene que elegir otro canciller federal, nuevamente con el apoyo de la mayoría de sus miembros. Esta previsión también se aplica en el caso excepcional de que el canciller federal no haya sido elegido por la mayoría absoluta, sino –excepcionalmente– por mayoría relativa (cf. artículo 63, apartado 4). Además, el propio canciller federal puede solicitar una cuestión de confianza que, si no es aceptada por Parlamento, puede derivar en la disolución del mismo (si el presidente federal lo decide así) y la celebración de nuevas elecciones,

.....
 21 Artículo 63.

«1. El Canciller Federal es elegido sin debate por el Bundestag a propuesta del Presidente Federal.

2. Resultará elegido quien obtenga los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag. El elegido deberá ser nombrado por el Presidente Federal.

3. Si la persona propuesta no fuera elegida, el Bundestag podrá elegir, por más de la mitad de sus miembros, un Canciller Federal dentro de los catorce días siguientes a la votación.

4. Si en dicho plazo no se realizare la elección, se procederá de inmediato a otra votación; será elegido quien obtenga la mayoría simple de votos. Si el elegido obtuviera los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag, el Presidente Federal deberá nombrarlo en el plazo de los siete días siguientes a la elección. Si el elegido no alcanzare dicha mayoría, el Presidente Federal, en el plazo de siete días, deberá nombrarlo o disolver el Bundestag».

a menos que el *Bundestag* elija un nuevo canciller federal (artículo 68)²². Como consecuencia de la fuerza de los partidos políticos, la decisión relativa a quién será el canciller generalmente corresponde a los mismos. Antes de la elección, los partidos presentan un candidato principal que, a menudo, se denomina «candidato a la cancillería» y que no está previsto en la Ley Fundamental. En realidad, el derecho de proponer a una persona para el cargo canciller le corresponde –por lo menos inicialmente– al presidente federal (artículo 63, apartado 1, de la Ley Fundamental). Aunque en otros tiempos esto ha sido una mera formalidad, podría convertirse en un verdadero derecho de elección debido a la creciente fragmentación de panorama político.

Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal, el principio democrático requiere una «cadena de legitimación ininterrumpida» que abarca desde la decisión electoral hasta cada acto de soberanía del Estado, incluido el nombramiento del funcionario concreto que toma la decisión sobre tal acto (cf. Tribunal Constitucional Federal, decisión del 5 de diciembre 2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 (86 ff.)). Consecuentemente, no debe haber ningún ámbito de competencia dentro de la administración que se sustraiga al control del ministerio competente y ninguna actuación ministerial que eluda el control del Parlamento elegido por el pueblo. La concepción de la responsabilidad del Gobierno ante el Parlamento, típica de las democracias parlamentarias, es estricta. No hay diferencias sustanciales entre el control parlamentario existente en Alemania y en otras democracias parlamentarias no hay diferencias sustanciales: según el artículo 44 de la Ley Fundamental, el *Bundestag* tiene la posibilidad de nombrar una comisión de investigación; también tiene

.....

22 Artículo 68.

«1. Si una solicitud del Canciller Federal de que se le exprese la confianza parlamentaria, no fuere aprobada por la mayoría de los miembros del Bundestag, el Presidente Federal, a propuesta del Canciller Federal, podrá disolver el Bundestag en un plazo de veintidós días. El derecho a la disolución expirará tan pronto como el Bundestag, por mayoría de sus miembros, elija otro Canciller Federal.

2. Entre la moción y la votación deberán transcurrir cuarenta y ocho horas».

el derecho de exigir la presencia de miembros del Gobierno Federal; además, existe la posibilidad de hacer preguntas parlamentarias («pequeñas» y «grandes») y de crear otro tipo de comisión de investigación no previsto explícitamente por la Ley Fundamental y diferentes de las comisiones de investigación permitidas por el artículo 44. El delegado del Bundestag para las Fuerzas Armadas (artículo 45b)²³ actúa como defensor de los miembros de Ejército y como órgano auxiliar para realizar el control parlamentario.

Otro instrumento importante de control es el Tribunal Constitucional Federal. Los órganos estatales pueden invocar la violación de sus derechos por otro órgano estatal en el procedimiento de litigio orgánico ante el Tribunal Constitucional Federal (artículo 93, apartado 1, número 1, de la Ley Fundamental²⁴). El derecho de iniciativa legislativa es compartido por el Gobierno Federal, el *Bundesrat* y los miembros del *Bundestag*. El artículo 21²⁵ asigna un papel especial a los partidos políticos. Este pre-

.....
23 Artículo 45b.

«Para la protección de los derechos fundamentales y en calidad de órgano auxiliar del Bundestag para el ejercicio del control parlamentario, se nombrará un Delegado del Bundestag para las Fuerzas Armadas. La regulación se hará por una ley federal».

24 Artículo 93.

«1. La Corte Constitucional Federal decide:

1) sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo [...].»

25 Artículo 21.

«1. Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

2. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales.

3. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, quedarán

cepto reconoce su participación en la formación de la voluntad política del pueblo, de ahí que se beneficien de ciertos privilegios y de apoyo financiero. En su función de «correa de transmisión», deciden sobre la composición de las fracciones parlamentarias y, por lo tanto, influyen indirectamente en la composición del Gobierno Federal.

d) Análisis crítico

Desde 1949 no hubo cambios significativos en el sistema político, sino tan solo cambios semánticos en algunas disposiciones constitucionales. A partir de 1990, sin embargo, surgieron desafíos relacionados con la modificación que tuvo lugar en el panorama de los partidos políticos, pero también con la inflexión de la jurisprudencia constitucional, que desde entonces fue más estricta en relación con el principio democrático. Hasta 1980, tres partidos se repartían el 99 % de los votos emitidos –circunstancia debida, también, a la «cláusula del cinco por ciento», según la cual los partidos que no consiguen al menos el 5 % de los votos no obtienen escaños en el Parlamento. Sin embargo, esta cláusula, establecida por la ley ordinaria, no ha podido impedir que los partidos representados en el *Bundestag* actualmente hayan incrementado hasta alcanzar el número de seis formaciones políticas. En las legislaturas pasadas, la formación del gobierno fue obstaculizada por largas negociaciones de coalición, sin embargo, no se ha producido un aumento de renuncias del Gobierno antes de tiempo. Con solamente ocho jefes de Gobierno en 71 años y con 23 Gobiernos Federales en 19 legislaturas, probablemente Alemania es una de las democracias parlamentarias más estables de Europa Occidental y del mundo. Solo tres legislaturas terminaron antes de tiempo y una sola vez en la historia de la República Federal de Alemania –1998– hubo un cambio de Gobierno

.....

excluidos de la financiación estatal. En caso de que se verifique su exclusión, también suprimirán los beneficios fiscales y las asignaciones para estos partidos.

4. La Corte Constitucional Federal decidirá sobre la constitucionalidad, de conformidad con el apartado 2, y sobre la exclusión de la financiación estatal, de conformidad al apartado 3.

5. La regulación se hará por leyes federales».

en el que ninguno de los partidos que apoyaban al nuevo Gobierno había sido uno de los partidos que apoyaron al Gobierno anterior.

La estabilidad relativamente alta del sistema, que también se refleja en el hecho de que (excepto en el año 1957) ningún partido haya obtenido la mayoría absoluta en el Parlamento, se debe a los mecanismos institucionales ya mencionados, pero también a la obligación intrínseca de alcanzar compromisos, a una conformación de campos políticos opuestos poco acentuada y a la correlativa disposición a la cooperación política. Los partidos más importantes se consideran, en principio, capaces de formar coaliciones con independencia de sus ideologías políticas. No obstante, el ejemplo de España, cuyo sistema constitucional es, en muchos aspectos, comparable al sistema alemán –y está inspirado en la Ley Fundamental– muestra que el sistema constitucional y electoral no puede garantizar por sí solo la estabilidad política y que también está condicionado por la cultura política. En España durante mucho tiempo, la formación de campos políticos opuestos –y, anteriormente, la conformación de mayorías fuertes de partidos políticos individuales– hicieron innecesaria la búsqueda de compromisos. La erosión de las mayorías políticas obligó a «aprender» a compartir el poder, algo que se intentó evitar en vano, dado que tuvieron que celebrarse tres elecciones consecutivas.

La posición relativamente fuerte del Gobierno Federal en el texto constitucional ha sido mitigada en cierta medida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal mediante el fortalecimiento de la posición del *Bundestag*. El Tribunal reconoce, sin duda, un ámbito esencial de responsabilidad propia del poder ejecutivo, en el que el control parlamentario está limitado (por ejemplo en el marco de la política exterior, cf. Tribunal Constitucional Federal, decisión del 13 de octubre 2016 – 2 BvE 2/15, BVerfGE 143, 101 (137 ff.)). Ahora bien, basándose en la totalidad de disposiciones constitucionales, el Tribunal ha ampliado los derechos de participación y de control del Parlamento. Un ejemplo de ello son las misiones militares del ejército fuera del territorio federal que no están reglamentadas en la Ley Fundamental (cf. Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 12 de julio 1994 – 2 BvE 3/92 et al., BVerfGE 90, 286).

El Gobierno no puede ordenar unilateralmente este tipo de misiones, sino que necesita el consentimiento del Parlamento, que puede retirarlo. Asimismo, en el ámbito de la transferencia de competencias a la Unión Europea y de ejercicio de competencias de la UE, el Tribunal Constitucional Federal le atribuye unos derechos más o menos amplios al *Bundestag* (cf. Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 30 de junio 2009 – 2 BvE 2/08 et al., BVerfGE 123, 267²⁶) que no pueden ser pormenorizados aquí. Aunque dicha jurisprudencia sea sistemática y metodológicamente concluyente, no está necesariamente prescrita en la Ley Fundamental. En la práctica, la consecuencia es una ralentización de los procesos decisivos que deriva en repetidas abstenciones por parte de Alemania en asuntos de política europea y exterior motivadas por el hecho de que no se ha obtenido el consentimiento del Parlamento a tiempo. Sin embargo, hay que destacar que esto no es una consecuencia imperativa del modelo constitucional, sino que más bien es de su interpretación.

Al parecer, el modelo del *Bundesrat* como segundo órgano legislativo con competencias limitadas no ha sido adoptado por ninguna constitución extranjera. A pesar de lo inusual de la transformación del poder gubernativo de los *Länder* en una parte del poder legislativo de la federación, ese modelo permite no solamente la consideración de los intereses de los *Länder* (incluso de los intereses de *Länder* individuales entre ellos, ya que los votos no se ponderan linealmente en función de la población), sino también, particularmente, la de los intereses de sus poderes ejecutivos: en contraste con los senadores elegidos por el pueblo, aquellos son capaces de decidir si la estructura y los recursos de los *Länder* son suficientes para ejecutar una ley federal de modo eficiente. En este aspecto la «solución gubernativa» en la que se basa el *Bundesrat* podría ser superior que una «solución de senado». Con base en argumentos de la teoría democrática se debe, en cambio, favorecer una «solución de senado» en la que los representantes de cada uno de los *Länder* sean elegidos directamente por el pueblo, ya que de tal

.....
26 Traducción española disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/es20090630_2bve00208es.html>.

manera existe la posibilidad de que todo el pueblo esté representado en el senado. Actualmente, en el *Bundesrat* solo votan los representantes del correspondiente Gobierno. Si antiguamente la separación entre Gobierno y oposición al nivel federal se reflejaba en muchos casos en el *Bundesrat*, hoy ya no puede hacerse esa distinción: desde hace tiempo, existe una diversidad de coaliciones muy diferentes en distintos *Länder* que desborda la delimitación entre Gobierno y oposición al nivel federal. Mientras que el *Bundesrat* solía ser un instrumento con el que la oposición del *Bundestag* podía «cogobernar» de forma indirecta, pero hoy en día esto solo se produce ocasionalmente. De todas maneras, la justificación del *Bundesrat* emana de la organización federal del Estado y está inextricablemente ligado a ella. Este modelo no podría ser aplicado en Estados unitarios.

4. Democracia y participación

a) Formas de la democracia

Dado que Alemania es una comunidad federativa, no solo es necesario tomar en consideración la Ley Fundamental para analizar la democracia alemana, sino también las constituciones de los *Länder*. Aunque estén obligados por el artículo 28, apartado 1²⁷, de la Ley Fundamental a cumplir con los principios de la estructura estatal de la Federación, los *Länder* disfrutaban de un margen de configuración: se requiere homogeneidad, no

.....
27 Artículo 28.

«1. El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal [...]».

uniformidad. El artículo 20, apartado 2²⁸, de la Ley Fundamental estipula la soberanía popular, es decir, establece que la formación de la voluntad política emana del pueblo (alemán) y que la soberanía popular se ejerce mediante elecciones y votaciones. Por lo tanto, se reconoce no solo la democracia representativa (para asuntos de personal), sino también –formalmente, en el mismo rango– la democracia directa (exclusivamente para asuntos materiales). Sin embargo, la Ley Fundamental no prevé reglas procedimentales para votaciones (referéndums y plebiscitos). Al nivel nacional, la legislación y el proceso constituyente se canalizan solamente a través del procedimiento parlamentario, así que actualmente no se pueden realizar votaciones –ya se trate de verdadera legislación popular o solo de un referéndum confirmatorio de una ley–. Para introducir estos mecanismos habría que cambiar la Constitución. La situación legal actual tampoco contradice el artículo 20, apartado 2, segunda frase, que solamente permite votaciones sin prescribirlas. La Ley Fundamental solo prescribe votaciones populares relativas a la reorganización del territorio federal (artículo 29²⁹) y al remplazo o, por lo menos, la revisión completa de la Ley Fundamental en su conjunto (artículo 146³⁰).

.....

28 Artículo 20.

«[...] 2. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]».

29 Artículo 29.

«1. El territorio federal puede ser reorganizado para garantizar que los Länder, por su tamaño y su capacidad económica, estén en condiciones de cumplir eficazmente las tareas que les incumben. A tal efecto deben tenerse en cuenta las afinidades regionales, los contextos históricos y culturales, la conveniencia económica, así como las exigencias de la ordenación territorial y planificación regional.

2. Las medidas de reorganización del territorio federal se adoptarán mediante ley federal que requiere la ratificación por referéndum. Deberá darse audiencia a los Länder afectados. [...]».

30 Artículo 146.

«La presente Ley Fundamental que, después de haberse consumado la unidad y la libertad de Alemania, es válida para todo el pueblo alemán, perderá su vigencia el día en que entre en vigor una Constitución que hubiere sido adoptada por libre decisión de todo el pueblo alemán».

Sin embargo, el panorama es diferente si se incluyen las constituciones de los *Länder* en el análisis. Los *Länder* son estados (federados), disfrutan de autonomía constitucional y tienen competencias legislativas exclusivas en materia de policía, cultura y educación garantizadas por la Ley Fundamental. En sus constituciones se encuentran elementos de democracia directa en distintos grados. Dependiendo de cada constitución puede haber una genuina legislación popular (el pueblo reemplaza al parlamento como legislador), el referéndum confirmatorio de resoluciones parlamentarias y la consulta popular. En algunos *Länder* incluso existe la posibilidad de modificar la constitución de esta manera. En la medida en que las constituciones de los *Länder* lo prevean, también puede haber mecanismos plebiscitarios de ámbito nivel municipal.

En la democracia representativa alemana solo los parlamentos son elegidos directamente por el pueblo; por lo tanto, no está previsto ningún tipo de referéndum revocatorio contra miembros del Gobierno o contra el presidente federal. A nivel municipal, la situación es diferente: los alcaldes y, en algunos *Länder*, los gobernadores de distrito (prefectos) son elegidos directamente. Algunos *Länder*, pero no todos, también permiten la destitución de estos funcionarios antes del final de su mandato.

b) Análisis crítico

Las cautelas de la Ley Fundamental respecto a la democracia directa en comparación con las constituciones de otros estados son notables. La Constitución anterior del *Reich* alemán de 1919 todavía preveía plebiscitos. Según una explicación bastante común, estos mecanismos decisorios facilitaron el ascenso de los populismos y, por lo tanto, el fin de la República de Weimar; no obstante, falta contrastar convincentemente esta tesis. El balance de la legislación popular y de la democracia directa en los *Länder* es diverso. A veces, en los *Länder* donde las formas de democracia directa son extensas, esto es el resultado de la adopción iniciativas populares dirigidas a fortalecer los derechos participativos de la población. La relevancia práctica de estas iniciativas muchas veces depende del cuórum requerido al nivel de los *Länder* por la Constitución y las leyes ordinarias para

articular una iniciativa idónea y, posteriormente, celebrar un plebiscito exitoso. En algunos *Länder*, los cuórum han sido elevados después de que se constatará que la democracia directa había sido instrumentalizada por grupos de intereses. Sin embargo, los celos y temores que apuntan a que los mecanismos plebiscitarios podrían ser acaparados por movimientos populistas no se han confirmado. No obstante, tampoco se ha alcanzado el objetivo de incentivar participación y el compromiso político en la población. Los procesos de democracia directa son, a menudo, selectivos, están condicionados por intereses particulares y no pueden remplazar procedimientos de votación complejos, ya que es difícil construir un verdadero discurso público. En algunos *Länder*, la mayor parte de la actividad de los tribunales constitucionales consiste en la resolución de contenciosos sobre el objeto, el alcance o la admisibilidad general de los plebiscitos. El conflicto intrínseco con el Parlamento sobre la cuestión de quién –el Parlamento o el pueblo– está autorizado a decidir sobre un asunto y en qué medida, no solo tiene el potencial de provocar conflictos jurídicos, sino que también puede propiciar la deslegitimación de los representantes elegidos y el debilitamiento de la democracia representativa. Esta crítica se aplica asimismo al referéndum confirmatorio, donde el Parlamento cede al pueblo la decisión definitiva y, por lo tanto, también una parte de la responsabilidad parlamentaria. Ciertamente, la democracia directa, entendida como instrumento complementario de los procesos decisorios de la democracia representativa, tiene su justificación. Por lo que puede verse actualmente, no hay ninguna instancia que abogue activamente por su introducción al nivel federal.

5. Justicia Constitucional

a) La Justicia constitucional y sus competencias

La República Federal de Alemania dispone de un Tribunal Constitucional Federal con amplias competencias; además, los estados federados (los *Länder*) tienen sus propios tribunales constitucionales que controlan la observancia de las constituciones de los *Länder*. En principio, los tribunales

de instancia también están autorizados a examinar la constitucionalidad de los actos estatales, pero en el caso que consideren inconstitucional una norma deben someterla al Tribunal Constitucional Federal, que tiene el monopolio del rechazo de dichas normas. En consecuencia, el sistema concentra la mayor parte del control de constitucionalidad principalmente en el Tribunal Constitucional Federal. Sin embargo, los tribunales administrativos poseen la competencia de controlar en gran medida la constitucionalidad de normas infralegales (los decretos, es decir, las normas delegadas). Estamos, por tanto, ante un control constitucional concentrado en el Tribunal Constitucional Federal con elementos de control difuso solo marginales. Cabe señalar que, con muy pocas excepciones, el Tribunal Constitucional Federal actúa exclusivamente como una jurisdicción constitucional y, por lo tanto, se declara incompetente si llega a la conclusión de que se le reclama que actúe como instancia de revisión general (*Superrevisionsinstanz*) y no solamente de decisión sobre cuestiones específicamente constitucionales (cf. por ejemplo Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 15 de enero 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (207); jurisprudencia establecida). La distinción entre las violaciones del Derecho ordinario y las violaciones del Derecho constitucional específico resulta a veces problemática en el caso del recurso de amparo (artículo 93, apartado 1, número 4a, de la Ley Fundamental³¹), ya que cada sentencia errónea restringe por lo menos el libre desarrollo de la personalidad (derecho fundamental según el artículo 2, apartado 1, de la Ley Fundamental³²). Pero el recurso de amparo solo puede presentarse

.....
31 Artículo 93.

«1. La Corte Constitucional Federal decide:

[...] 4a) sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en los Artículos 20, apartado (4), 33, 38, 101, 103 y 104; (...)

32 Artículo 2.

«1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral [...]».

si el acto del poder público ignora el significado y el alcance del derecho fundamental pertinente.

Los instrumentos más importantes del control constitucional son los siguientes:

- El recurso de amparo individual (*Individualverfassungsbeschwerde*). Este instrumento se dirige contra actos del poder público y permite impugnar violaciones de derechos fundamentales (artículos 1 a 19 de la Ley Fundamental) o de otras garantías constitucionales comparables (por ejemplo, el derecho de voto, el derecho al juez legal, el derecho a ser oído ante los tribunales, las garantías del procedimiento penal, los derechos de hábeas corpus). Todas las personas naturales (ciudadanos alemanes y extranjeros, aunque estos últimos no siempre disfrutaban de los mismos derechos fundamentales) pueden interponer recursos de amparo, y también pueden hacerlo las personas jurídicas de acuerdo con el artículo 19, apartado 3, de la Ley Fundamental³³; volveremos sobre esto en la sección 6. Mediante el recurso de amparo pueden impugnarse actos del poder ejecutivo, del poder judicial (la mayor parte de los recursos de amparo son recursos contra sentencias judiciales), pero también actos legislativos –es decir leyes– en el caso de que conlleven un agravio inmediato. En el Tribunal Constitucional Federal, el recurso de amparo ha adquirido especial importancia en relación con los actos de la Unión Europea, ya que el derecho de voto (artículo 38, apartado 1, de la Ley Fundamental³⁴) sirve como vía de entrada para

.....

33 Artículo 19.

«[...] 3. Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas [...]».

34 Artículo 38.

«1. Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia [...]».

realizar un control *ultra vires* de actos de la UE así como para controlar el respeto de la identidad constitucional de Alemania respecto a la UE (Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 30 de junio 2009 – 2 BvE 2/08 et al., BVerfGE 123, 267 (340 ff.)³⁵). Los requisitos de admisibilidad para el demandante son bastante exigentes: en el caso de que haya una vía jurídica ordinaria previa, hay que agotarla antes de interponer el recurso de amparo; el plazo para presentar un recurso de amparo contra una sentencia judicial es relativamente corto (un mes); en el caso de los recursos de amparo contra leyes, es de un año. En la primera etapa del procedimiento, los recursos de amparo son sometidos a un examen preliminar por una cámara de tres jueces que deciden sobre su admisibilidad (y que pueden rechazarlo, aunque el recurso de amparo esté fundamentado), pero también pueden estimar el recurso. Sólo los casos realmente importantes son decididos por el pleno, ya que ante el Tribunal Constitucional Federal se interpone un número bastante alto de recursos de amparo, muchos de ellos manifiestamente infundados. La cuota de éxito general está en el rango bajo de un dígito.

- El procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales (artículo 93, apartado 1, número 1, de la Ley Fundamental³⁶). La admisibilidad de este procedimiento presupone que un órgano constitucional se defienda contra otro órgano constitucional por la violación de derechos reconocidos por la Constitución. El procedimiento relativo al conflicto entre

.....
 35 Traducción española disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/es20090630_2bve000208es.html>.

36 Artículo 93.

«1. La Corte Constitucional Federal decide:

1) sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo [...].»

órganos constitucionales podría ser activado por el *Bundestag*, que tiene legitimación para querellarse, por ejemplo contra el Gobierno Federal por la ocultación de informaciones o contra el presidente federal si este se niega a expedir una ley (un caso bastante hipotético). Más comunes son los conflictos que se producen dentro de un órgano en los que una fracción de la oposición alega una violación de sus derechos de oposición por la totalidad del *Bundestag* (por ejemplo, si se siente perjudicada por la asignación de puestos en las comisiones parlamentarias o si la petición de crear una comisión de investigación se concede, pero de forma modificada). La legitimación activa para presentar una solicitud en el procedimiento relativo al conflicto entre órganos constitucionales se atribuye no solo a los órganos estatales, sino también a todos los actores investidos de derechos propios por la Ley Fundamental. Por lo tanto, incluso los partidos políticos pueden hacer valer sus derechos de participación y la igualdad de oportunidades (artículo 21 de la Ley Fundamental³⁷) mediante este procedimiento (cf. por

.....

37 Artículo 21.

«1. Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

2. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales.

3. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, quedarán excluidos de la financiación estatal. En caso de que se verifique su exclusión, también suprimirán los beneficios fiscales y las asignaciones para estos partidos.

4. La Corte Constitucional Federal decidirá sobre la constitucionalidad, de conformidad con el apartado 2, y sobre la exclusión de la financiación estatal, de conformidad al apartado 3.

5. La regulación se hará por leyes federales».

ejemplo Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 27 de febrero 2018 – 2 BvE 1/16, BVerfGE 148, 11 (19)). De este modo, durante los años el Tribunal Constitucional Federal ha podido perfilar la posición constitucional de los partidos políticos (cf. por ejemplo Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 2 de marzo 1977 – 2 BvE 1/76, BVerfGE 44, 125 (145 f.)), que ha sido parcialmente incorporada a leyes ordinarias y, en menor medida, al propio artículo 21.

- El control abstracto de normas (artículo 93, apartado 1, número 2, de la Ley Fundamental³⁸) no se limita a las leyes, sino que se extiende a la revisión de «la normativa federal o de los *Länder*». El Derecho de los *Länder* puede ser analizado mediante su co- tejo de su compatibilidad con todo el Derecho federal (aunque, prácticamente, el estándar del control es, casi siempre, la Ley Fundamental), mientras que el Derecho federal solamente se analiza a la luz de su compatibilidad con la Ley Fundamental. El objeto del control pueden ser tanto las leyes como decretos, es decir, normas delegadas del poder ejecutivo. Solamente el Gobierno Federal, los gobiernos de los *Länder* o un cuarto de los miembros del *Bundestag* poseen legitimación activa para solicitar un control abstracto de normas. Como compensación a esta limitación, la solicitud no está sujeta a plazo. El control abstracto de normas, que ya ha provocado la declaración de invalidez de bastantes leyes, es posible incluso después de la entrada en vigor de la ley.

.....

38 Artículo 93.

«1. La Corte Constitucional Federal decide:

(...) 2) en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los *Länder* con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los *Länder* con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un *Land* o de un cuarto de los miembros del *Bundestag* [...]».

- El control concreto de normas (en la variante del artículo 100, apartado 1, de la Ley Fundamental³⁹) es aquel procedimiento en el que, si un tribunal de instancia considera que la norma aplicable es inconstitucional, suspende el proceso y la somete al control del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Constitucional Federal sustancia el control concreto de normas de manera estricta y exige que el tribunal remitente aporte una fundamentación detallada no solo de su convencimiento de la inconstitucionalidad de la norma, sino que también de la relevancia resolutoria de la misma (es decir, el remitente debe justificar que la declaración de inconstitucionalidad de la norma modificará el resultado del procedimiento principal, cf. Tribunal Constitucional Federal, decisión del 15 de diciembre 2015 – 2 BvL 1/12, BVerfGE 141, 1 (10 f.)).

Del resto de competencias del Tribunal Constitucional Federal, aquí se hará referencia solo las tres siguientes: a) el procedimiento relativo al conflicto entre la Federación y los *Länder* (artículo 93, apartado 1, número 3, de la Ley Fundamental⁴⁰) que les permite a estos últimos defenderse contra violaciones de sus derechos por parte de la Federación o a la inversa –se trata de un instrumento de protección jurídica típico de los sistemas federales–; b) el recurso de amparo municipal (artículo 93, apartado 1,

.....
39 Artículo 100.

«1. Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal [...]».

40 Artículo 93.

«1. La Corte Constitucional Federal decide:
 [...] 3) en caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del Derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal [...]».

número 4b, de la Ley Fundamental⁴¹), que permite a los municipios y las mancomunidades de municipios hacer valer su derecho de autonomía municipal; y c) finalmente, el procedimiento de prohibición de partidos políticos y de su exclusión del sistema de financiación de los partidos (cf. artículo 21, apartados 2 y 3, de la Ley Fundamental⁴²). Estos procedimientos son poco frecuentes y, debido al carácter excepcional de la prohibición de partidos políticos a la luz del principio democrático, bastante complejos. Además, la percepción pública de los mismos contrasta con la importancia del procedimiento en la práctica constitucional: la última vez que se prohibió un partido político fue en 1956 (Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 17 de agosto 1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85), aunque en los años siguientes –también en los últimos años– ha habido procedimientos individuales (últimamente, un infructuoso procedimiento de prohibición contra el Partido Nacionaldemócrata de Alemania (NPD), Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 17 de enero 2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20). La posibilidad de que el Tribunal Constitucional Federal prohíba partidos políticos –no sin grandes obstáculos– constituye

.....

41 Artículo 93.

«1. La Corte Constitucional Federal decide:

[...] 4b) sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley, del derecho de autonomía municipal establecido en el Artículo 28, exceptuándose, sin embargo, aquellos casos de violación por leyes de los Länder en los que quepa recurso ante la Corte Constitucional del respectivo Land [...]».

42 Artículo 21.

«[...] 2. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales.

3. Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, quedarán excluidos de la financiación estatal. En caso de que se verifique su exclusión, también suprimirán los beneficios fiscales y las asignaciones para estos partidos.

4. La Corte Constitucional Federal decidirá sobre la constitucionalidad, de conformidad con el apartado 2, y sobre la exclusión de la financiación estatal, de conformidad al apartado 3 [...]».

un elemento central de la «democracia defensiva» (*wehrhafte Demokratie*) de la Ley Fundamental.

En todos estos casos, el control constitucional de leyes es un control *ex post*. El sistema jurídico alemán no prevé la posibilidad de un control preventivo de las leyes. Solo hay una excepción: las leyes que aprueban tratados internacionales. Normalmente se requiere que el presidente federal haya firmado y promulgado las leyes para que eventualmente sean sometidas a control de constitucionalidad, mientras que en el caso de la excepción citada se permite realizar el control constitucional inmediatamente después del proceso parlamentario a fin de que Alemania no cometa una violación de Derecho internacional si la ley resulta inconstitucional. Sin embargo, esta previsión no está codificada, sino que dimana de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

b) Análisis crítico

En los 70 años transcurridos desde la promulgación de la Ley Fundamental no ha habido cambios radicales en este sistema de protección jurídica constitucional descrito. Se han añadido procedimientos individuales, especialmente tras la integración de Alemania en la Unión Europea, pero estos no han llegado a ser característicos del sistema. El recurso de amparo fue añadido a la Ley Fundamental posteriormente (artículo 93, apartado 1, números 4a y 4b), pero al nivel de la ley simple ya existía desde 1951. El elemento que ha contribuido a forjar el sistema de manera mucho más robusta es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, el cual, que desde el principio ha gozado de amplias competencias y ha marcado la pauta. Las reacciones no siempre han sido positivas. En diferentes ocasiones, el Tribunal Constitucional Federal ha sido acusado de exceder sus competencias y de actuar, por tanto, como un legislador sustituto mediante la formulación de exigencias demasiado detalladas al legislador, violando, a juicio de los críticos, la separación de poderes. De hecho, algunas decisiones presentan esa inclinación, pero no puede constatarse una tendencia general a la misma, sino únicamente una notoria autoconfianza del Tribunal Constitucional. La delimitación y la cooperación entre el Tribunal Constitucional Federal

y los tribunales europeos, es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se está volviendo más difícil, ya que los dos últimos tienen competencias en materia de derechos fundamental, aunque el TJUE actúa más como una Corte Suprema y las competencias del TEDH son más limitadas que las del Tribunal Constitucional Federal, pero casi casi idénticas. La relación entre los tres Tribunales está marcada por tensiones asociadas a los conflictos de competencia. Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal ha extendido su control de los derechos fundamentales a los derechos fundamentales de la Unión Europea en aquellos casos en que, de acuerdo con el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴³, los derechos fundamentales de la UE se aplican a actos alemanes que fueron adoptados para implementar la legislación de la UE (Tribunal Constitucional Federal, decisión del 6 de noviembre 2019 – 1 BvR 276/17). Solo meses después, el Tribunal Constitucional ha ejercido su control *ultra vires* frente al TJUE (Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 5 de mayo 2020 – 2 BvR 859/15 et al.), que a su vez exige la subordinación del Tribunal Constitucional Federal a sus propias decisiones. El futuro de este proceso altamente dinámico está por ver.

El Tribunal Constitucional Federal fue creado en septiembre del año 1951. En casi siete décadas, su jurisprudencia ha experimentado transformaciones que tenían que ver con las reformas de la Ley Fundamental, pero también con cambios del espíritu de las épocas y las transformaciones que han tenido lugar desde la Segunda Guerra Mundial. La valoración especial que el Tribunal Constitucional concedió inicialmente a las instituciones que no habían sido demasiado contaminadas por el

.....

43 Artículo 51.

«1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión [...]».

nacionalsocialismo (como los partidos políticos y las iglesias) se ha relativizado. A pesar de la continuidad estructural, la Ley Fundamental de la Guerra Fría es, en su contexto, fundamentalmente diferente de la Ley Fundamental de la Alemania reunificada. Tampoco hay que olvidar que, en el año 1951, no había ninguna jurisprudencia constitucional nacional en la que pudiera basarse la actuación del Tribunal Constitucional, sino que tuvo que desarrollar paso a paso los fundamentos de la dogmática de los derechos fundamentales y la jerarquía de normas que hoy nos parecen evidentes, a veces con cautela y ocasionalmente también corrigiéndola. Aunque limitadamente, otros tribunales –por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos– han servido como modelos de orientación, pero ha sido el propio Tribunal Constitucional el que en mayor medida se ha convertido en un modelo para la creación de tribunales constitucionales más recientes, al menos en la esfera de los derechos fundamentales. En este contexto, el recurso de amparo es una creación original y una figura antonomástica tanto del Tribunal Constitucional Federal como del Derecho procesal constitucional alemán.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

La posición destacada de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental refleja el debate jurídico, político e intelectual sobre la experiencia de la Constitución de Weimar, cuyas deficiencias condujeron a su fracaso y a la instauración de la dictadura nacionalsocialista. En parte, la Ley Fundamental marca distancias respecto a la Constitución predecesora, pero también retoma algunas de sus disposiciones. En todo caso, la Ley Fundamental supuso un cambio paradigmático al situar los derechos fundamentales en el inicio del texto constitucional (la Constitución de Weimar comenzaba con los principios del Estado y las competencias legislativas) y afinar los contornos jurídicos de estos derechos. La sección de los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar era una mezcla de derechos fundamentales (que no podían ser reclamados ante el Tribunal constitucional) y de objetivos estatales, mientras que la primera

sección de la Ley Fundamental tiene un título inequívoco :«Los Derechos Fundamentales», derechos cuya vulneración puede ser alegada mediante el recurso de amparo de acuerdo con lo que dispone el artículo 93, apartado 1, número 4a, de la Ley Fundamental; por otra parte, la Constitución ya casi no contiene objetivos estatales.

a) Principios de la dogmática de los derechos fundamentales

En el primer lugar del sistema de derechos fundamentales se encuentra la dignidad humana (artículo 1, apartado 1, primera frase, de la Ley Fundamental⁴⁴). La Constitución de Weimar todavía no la mencionaba y su posición destacada en la Ley Fundamental convierte a la misma en una norma suprema diametralmente opuesta a las leyes rectoras de la dictadura nacionalsocialista. Hoy en día, la dignidad humana misma es considerada de manera casi unánime un derecho fundamental que no debe ser restringido (cf. Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 15 de febrero 2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 (152 f.)). Esta no es la única diferencia entre la dignidad humana y los otros derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Otra particularidad es la protección especial que brinda la ya mencionada «cláusula de intangibilidad»: según el artículo 79, apartado 3, de la Ley Fundamental⁴⁵, los cambios constitucionales que impliquen una restricción o un perjuicio de la dignidad humana son inconstitucionales (en el sentido de que constituyen «Derecho constitucional anticonstitucional») y, por lo tanto, nulos. Sin embargo, la dignidad no solo es un derecho y también –o con mayor razón– puede ser caracterizada como un principio, ya que tiene un efecto de irradiación sobre todos los demás derechos fundamentales:

.....

44 Artículo 1.

«1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público [...]».

45 Artículo 79.

«[...] 3. No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los Artículos 1 y 20».

según la concepción predominante, cada derecho fundamental contiene un «núcleo de dignidad humana» que marca el límite máximo de una restricción permisible del mismo (cf. Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 20 de abril 2016 – 1 BvR 966, 1140/09, BVerfGE 141, 220 (276)). A pesar de esta concepción, la abolición de derechos fundamentales individuales no está prohibida absolutamente, hipótesis que aún no ha ocurrido en la historia de la Ley Fundamental. No obstante, algunas revisiones constitucionales han reducido significativamente el alcance del derecho a la protección contra la extradición al extranjero y el derecho de asilo, ello a pesar de la garantía del núcleo esencia de la dignidad.

Los principios relativos a la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales se encuentran sobre todo reconocidos en el resto de apartados del artículo 1 y en el artículo 19 de la Ley Fundamental. Son los siguientes:

- El reconocimiento de los derechos humanos inalienables por el pueblo alemán (artículo 1, apartado 2, de la Ley Fundamental⁴⁶): esta cláusula no es mera lírica constitucional, sino que tiene la función de armonizar los derechos fundamentales de la Ley Fundamental con los derechos humanos reconocidos en instrumentos supranacionales. En términos prácticos, esto significa que los derechos fundamentales de la Ley Fundamental deben interpretarse y aplicarse, en la medida en que sea posible, e incluso por el Tribunal Constitucional Federal, de conformidad con los pactos internacionales de derechos humanos y, sobre todo, con la Convención Europea de Derechos Humanos y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Tribunal Constitucional Federal, decisión del 20 de febrero 2008 – 1 BvR 1602/07 et al., BVerfGE 120, 180 (200 f.)). Aunque en Alemania

.....
⁴⁶ Artículo 1.

«[...] 2. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo [...]».

- a diferencia de muchos otros países– la Convención Europea de Derechos Humanos solamente tiene el rango de ley ordinaria, el respeto a la misma es una directriz de rango constitucional en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental.
- La vinculación de los tres poderes estatales a los derechos fundamentales (artículo 1, apartado 3, de la Ley Fundamental⁴⁷): los «siguientes derechos fundamentales» (aunque, según la opinión predominante, también la dignidad humana) vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como Derecho directamente aplicable, es decir son derechos individuales que generan derechos y obligaciones de manera directa.
 - La prohibición de leyes singulares (artículo 19, apartado 1, primera frase, de la Ley Fundamental⁴⁸): las leyes que restrinjan derechos fundamentales deben tener carácter general y no estar limitadas al caso individual. La interpretación de esta disposición no es indiscutida, pero sí hay acuerdo en el hecho de que prohíbe el abuso de la forma de ley para la restringir derechos fundamentales del individuo. En la práctica judicial constitucional, hasta hoy ninguna ley ha sido declarada inconstitucional por la violación de esta disposición.
 - El requerimiento de citación (artículo 19, apartado 1, segunda frase, de la Ley Fundamental): si una ley restringe un derecho fundamental, esta ley debe mencionar el derecho restringido e indicar el artículo de la Constitución en el que está reconocido.

.....
 47 Artículo 1

«[...] 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable».

48 Artículo 19.

«1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual. Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente [...]».

Esta previsión funciona como una señal y advertencia tanto para los titulares de derechos fundamentales como para el Estado que está restringiendo los derechos. No obstante, esta disposición es interpretada de manera restrictiva: solo cuando el enunciado que reconoce un derecho fundamental prevé que puede ser restringido por ley o en virtud de una ley se aplica el requerimiento de citación. Sin embargo, hay acuerdo en que, en principio, todos los derechos fundamentales –excepción hecha de la dignidad humana– pueden ser restringidos.

- La garantía del contenido esencial (artículo 19, apartado 2, de la Ley Fundamental⁴⁹): el contenido esencial de cada derecho fundamental no debe ser afectado «en ningún caso». En la práctica jurídica, este principio ha perdido importancia. La intención protectora a él asociada se refleja de manera más operativa en el siguiente principio.
- El principio de proporcionalidad como límite más importante a las limitaciones de derechos fundamentales. Este principio constituye el núcleo del control de constitucionalidad y ha sido moldeado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional a lo largo de los años. Su mensaje principal es que una restricción de los derechos fundamentales tiene que perseguir un objetivo legítimo, tiene que ser un medio adecuado para la promoción de este objetivo y, entre varios medios igualmente adecuados, tiene que vehicularse a través del medio que comporte la intervención mínima (es decir, menos invasiva) en el derecho; además, la intensidad de la intervención no debe ser desproporcionada con respecto al objetivo perseguido.

.....
49 Artículo 19.

«[...] 2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial [...]».

- Finalmente, el artículo 19, apartado 3, de la Ley Fundamental⁵⁰ estipula que los derechos fundamentales también rigen para las personas jurídicas con sede en el interior del país, en la medida en que, por su propia naturaleza, sean aplicables a ellas. Aunque el texto alemán no es enteramente claro con respecto a la cuestión si los derechos fundamentales tienen que ser aplicables a las personas jurídicas o viceversa, la intención de la disposición es dar respuesta a la pregunta de quién, aparte de las personas naturales, puede ser titular de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional Federal sostiene la «teoría del substrato personal»: según esta la misma, las personas jurídicas solamente pueden ser titulares de derechos fundamentales si se constituyen mayormente por personas naturales que están detrás de la persona jurídica (cf. Tribunal Constitucional Federal, decisión del 8 de julio 1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (101)). En cambio, según la literatura, la persona jurídica tiene que estar en una situación comparable a una persona natural en lo que hace al peligro de una infracción de sus derechos fundamentales; según esta concepción, el propietario de la persona jurídica es irrelevante. Contrariamente al texto de la disposición, el Tribunal Constitucional Federal ha extendido el alcance del artículo 19, apartado 3, a personas jurídicas de otros Estados miembros de la Unión Europea para evitar fricciones con el Derecho de la Unión, sobre todo con las libertades que este reconoce en el marco del mercado interior (Tribunal Constitucional Federal, decisión del 19 de julio 2011 – 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 (97)). Sin embargo, las personas jurídicas de terceros Estados, como por ejemplo Chile, no son titulares de derechos fundamentales bajo la Ley Fundamental, pero esto casi nunca tiene

.....

50 Artículo 19 [Restricción de los derechos fundamentales]

(...) 3. Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas. (...)

consecuencias, ya que tampoco pueden mudarse a Alemania sin cambiar su forma jurídica. Por el contrario, las personas naturales extranjeras, en cambio, siempre pueden ser titulares de derechos fundamentales –previsión ya reflejada en el reconocimiento de los derechos humanos universales del artículo 1, apartado 2–.

b) Tipos de derechos fundamentales

El catálogo de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental no está estructurado por categorías (como por ejemplo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), así que la tipología de los derechos fundamentales es una construcción doctrinal. Según esta tipología, cabe distinguir:

- derechos clásicos de defensa contra actos estatales (el derecho a la vida y la integridad física, la libertad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad religiosa y de conciencia, las libertades de comunicación, el matrimonio y la familia, la libertad de reunión, la libertad de asociación, el secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, el derecho general de la personalidad y la autodeterminación informacional, la libertad de circulación, la libertad de profesión, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad, la protección de la ciudadanía alemana, la prohibición de la extradición de alemanes),
- derechos de prestación y de participación (que son pocos bajo la Ley Fundamental: el derecho de las madres a la asistencia por parte de la comunidad, el derecho de petición, la garantía de la vía judicial, el derecho de asilo),
- derechos de igualdad (el principio general de igualdad, la igualdad y la equiparación de los géneros, la prohibición de discriminación por motivos de características especiales mencionadas en el

artículo 3, apartado 3, de la Ley Fundamental⁵¹, la prohibición de discriminación de hijos extramatrimoniales).

Los derechos «políticos» –el derecho de acceso igual y libre de discriminaciones a cargo públicos (artículo 33, apartados 2 y 3⁵²) y el derecho de sufragio activo y pasivo (artículo 38, apartado 1⁵³)– y los derechos procesales de los artículos 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental no están formalmente listados como derechos fundamentales, pero son tratados como tales y pueden hacerse valer mediante el recurso de amparo. La Ley Fundamental no reconoce derechos colectivos entendidos como derechos cuya titularidad corresponde únicamente a colectividades, aunque prevé que las personas jurídicas (en un sentido muy amplio) puedan ser titulares de derechos fundamentales bajo las condiciones del artículo 19, apartado 3. Además, el derecho de crear asociaciones también corresponde a la propia asociación; sin embargo, ella no puede reclamar más derechos que los de sus creadores.

c) *Compensación de perjuicios*

Inicialmente, la Ley Fundamental contenía solamente disposiciones sobre el trato igualitario jurídico (formal y también material). Evidentemente, el

.....

51 Artículo 3.

«[...] 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico».

52 Artículo 33.

«[...] 2. Todos los alemanes tienen igual acceso a cualquier cargo público según su idoneidad, su capacidad y su rendimiento profesional.

3. El goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión a los cargos públicos, así como los derechos adquiridos en el servicio público son independientes de la confesión religiosa. Nadie podrá ser discriminado a causa de su pertenencia o no pertenencia a una confesión o ideología [...]».

53 Artículo 38.

«1. Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia [...]».

establecimiento de una igualdad real a través de un trato desigual (*affirmative action*) no fue discutido ni siquiera considerado por las madres y los padres de una Constitución promulgada en el año 1949. Por ello, la Ley Fundamental fue modificada en el año 1994: la nueva segunda frase del artículo 3, apartado 3, obliga el Estado a promover la realización efectiva de la igualdad de las mujeres y los hombres y a eliminar desventajas existentes. Esta disposición no se califica como derecho fundamental, sino que es un objetivo estatal que puede justificar tratos desiguales en favor del sexo socialmente desaventajado. De manera algo diferente, la segunda frase del artículo 3, apartado 3, dispone que las personas con discapacidades no deben ser perjudicadas a causa de su condición; por tanto, el trato preferencial motivado por la discapacidad es posible sin violar otro derecho de igualdad.

Con respecto a estas dos disposiciones existe una amplia legislación en diversas materias, pero no se basa solo en los requisitos de la Ley Fundamental sino, en parte, también en el Derecho de la Unión Europea. En relación con los niños, el artículo 6, apartado 5, de la Ley Fundamental⁵⁴, que ya existía en el texto de 1949, obliga al Estado a crear condiciones iguales para los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales. Varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal fueron necesarias hasta que este mandato constitucional fue finalmente cumplido. Actualmente, se está discutiendo la inclusión de un artículo sobre los derechos del niño en el catálogo de los derechos fundamentales. El debate político sobre su formulación todavía no ha terminado. Debido al hecho de que en Alemania no hay pueblos indígenas o grupos comparables, no hay necesidad de una disposición constitucional sobre su protección (para la protección de minorías véase *supra*, sección 1, letra c)).

.....
54 Artículo 6.

«[...] 5. La legislación debe asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social».

d) La relación entre la Ley Fundamental y los derechos humanos internacionales

En este punto es necesario diferenciar el efecto de los instrumentos del Derecho internacional público (tratados y derecho internacional consuetudinario) sobre el sistema legal alemán, por una parte, y el efecto de los derechos humanos contenidos en estos instrumentos, por otra. Como todos los tratados internacionales, los tratados de derechos humanos tienen solamente el rango de una ley ordinaria (artículo 59, apartado 2, de la Ley Fundamental⁵⁵), es decir están bajo la Constitución. El Derecho internacional consuetudinario universal, del que son parte la mayoría de los derechos humanos, forma parte de la Ley Fundamental «automáticamente» (artículo 25 de la Ley Fundamental⁵⁶), produce directamente derechos y obligaciones con respecto a los derechos fundamentales y tiene primacía sobre las leyes ordinarias, a pesar de su rango inferior a los artículos de la Ley Fundamental. Sin embargo, esto no significa que su contenido dependa de la Ley Fundamental, ya que el artículo 1, apartado 2, de la Ley Fundamental califica a los derechos humanos como una directriz interpretativa de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental (también véase *supra*, letra a), primer guión). Esto es relevante sobre todo en el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos y, ocasionalmente, para los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU de 1966. El hecho de que se trate de derechos humanos compensa en gran medida la subordinación formal de los instrumentos (tratados) en que se encuentran estos derechos. Como ya se ha mencionado, el Tribunal Constitucional

.....
55 Artículo 59.

«[...] 2. Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal».

56 Artículo 25.

«Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal».

Federal, dentro de los límites de la identidad constitucional, toma en consideración los derechos internacionales universales cuando interpreta los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. En casos individuales, pero no siempre, también ha adaptado su jurisprudencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

e) Instrumentos de protección jurídica

Por un lado, la propia Ley Fundamental establece ciertos instrumentos de protección jurídica y, por otro, prescribe el establecimiento de ciertos instrumentos. Uno de los recursos para invocar la violación de derechos fundamentales u otros derechos comparables es el recurso de amparo individual (artículo 93, apartado 1, número 4a, de la Ley Fundamental). El control concreto de normas (artículo 100, apartado 1⁵⁷) también puede calificarse como un recurso de carácter principalmente individual; sin embargo, este procedimiento es iniciado por un tribunal, pero, en la medida que sirve a los derechos fundamentales, beneficia al titular de los derechos fundamentales como parte del proceso. Incluso el control abstracto de normas (artículo 93, apartado 1, número 2) sirve para la protección de derechos fundamentales, dado que estos también son principios constitucionales objetivos y deben ser respetados de forma abstracta por la legislación.

En otras partes, la Ley Fundamental prescribe el establecimiento de recursos jurídicos ordinarios que, aunque no formen parte del Derecho procesal constitucional, sirven (o pueden servir) para proteger los derechos fundamentales.

.....

57 Artículo 100.

«1. Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal [...]».

- El artículo 19, apartado 4, primera frase, de la Ley Fundamental⁵⁸ garantiza que una persona cuyos derechos sean violados por el poder público pueda recurrir a la vía judicial. Esta garantía del acceso a la justicia constituye en sí misma un derecho fundamental. Los derechos violados pueden ser derechos fundamentales, pero no necesariamente tienen que serlo. La «vía judicial» no se refiere al Tribunal Constitucional Federal, sino a los tribunales de instancia, sobre todo a la jurisdicción administrativa.
- El artículo 101, apartado 1, segunda frase, de la Ley Fundamental⁵⁹ prohíbe a sustraer a alguien de su juez legal. Esto no solamente significa que el tribunal, la sala del tribunal y posiblemente la persona designados juzgan el caso, sino también que un tribunal –que eventualmente tenga que decidir sobre cuestiones de derechos fundamentales– no pueda simplemente impedir el examen del caso por parte de otra instancia.
- Según el artículo 104 de la Ley Fundamental⁶⁰, que contiene reglas detalladas para diferentes situaciones, una privación de

.....

58 Artículo 19.

«[...] 4. Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el Artículo 10, apartado 2, frase 1».

59 Artículo 101.

«1. No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal [...]».

60 Artículo 104.

«1. La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescriptas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente.

2. Sólo el juez decidirá sobre la admisibilidad y duración de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial debe procurarse de inmediato la decisión judicial. La policía, en el ejercicio de su autoridad, no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente al de la detención. La regulación se hará por ley.

3. Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo debe ser llevada ante el juez lo más tarde el día siguiente al de su detención; el juez debe informarla acerca de las causas de la detención, interrogarla y darle la

la libertad, solo puede ser, en principio, ordenada por una ley (derechos de hábeas corpus).

f) Análisis crítico

En 70 años, la sección de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental no ha sido revisada fundamentalmente y ello tampoco se ha considerado necesario, aunque la apariencia de ciertos derechos fundamentales ha cambiado. Como ya se ha señalado, las disposiciones de igualdad han sido complementadas por reglas sobre la equiparación. En la lucha contra el terrorismo (de izquierda) en los años 70, el secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones (artículo 10⁶¹) fue acotado con amplios límites y, para casos extremos, la vía judicial fue incluso sustituida por una comisión nombrada por el *Bundestag*. El Tribunal Constitucional Federal aprobó este reglamento con una estrecha mayoría (Tribunal Constitucional Federal, sentencia del 15 de diciembre 1970 – 2 BvF 1/69 et al., BVerfGE 30, 1). Además, las Fuerzas Armadas fueron restablecidas en la República Federal de Alemania después de 1949, por lo que el servicio militar obligatorio (artículo 12a⁶²) y el derecho fundamental a la objeción de conciencia (ar-

.....

oportunidad para formular objeciones. El juez debe dictar de inmediato o bien una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma, u ordenar la puesta en libertad. 4. De toda resolución judicial que ordene o prolongue una privación de libertad debe informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza».

61 Artículo 10.

«1. El secreto epistolar, así como el secreto postal y de las telecomunicaciones son inviolables.

2. Las restricciones sólo podrán ser ordenadas en virtud de una ley. Si la restricción está destinada a proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Land, la ley podrá disponer que no se informe al afectado y que el recurso jurisdiccional sea reemplazado por el control de órganos y de órganos auxiliares designados por los representantes del pueblo».

62 Artículo 12a.

«1. Los varones que hayan cumplido los dieciocho años de edad pueden ser obligados a prestar servicios en las Fuerzas Armadas, en el Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras o en una unidad de defensa civil.

título 4, apartado 3⁶³) fueron añadidos posteriormente. Originariamente, el artículo 13 de la Ley Fundamental⁶⁴, que garantiza la inviolabilidad del

.....
 2. Quien por razones de conciencia rehúse el servicio militar con las armas, puede ser obligado a prestar un servicio sustitutorio. La duración del servicio sustitutorio no podrá superar a la del servicio militar. Las modalidades serán reguladas por una ley que no podrá restringir la libertad de decidir de acuerdo con la propia conciencia y que debe prever también la posibilidad de prestar un servicio sustitutorio que, en ningún caso, esté vinculado con unidades de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras [...]».

63 Artículo 4.

«[...] 3. Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal».

64 Artículo 13.

«1. El domicilio es inviolable.

2. Los registros no podrán ser ordenados sino por el juez y, si la demora implicare un peligro inminente, también por los demás órganos previstos por las leyes, y únicamente en la forma estipulada en ellas.

3. Cuando determinados hechos justifican la sospecha que alguien ha cometido un delito particularmente grave y específicamente así predeterminado por la ley, podrán ser utilizados en la persecución del hecho delictivo, en base a una autorización judicial, medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales presumiblemente se encuentra el inculpado si la investigación de los hechos fuese de otra manera desproporcionadamente difícil o no tuviese ninguna probabilidad de éxito. La medida tiene que ser limitada en el tiempo. La autorización debe efectuarse por una sección con tres jueces. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida podrá ser tomada por un único juez.

4. En la defensa frente a peligros inminentes para el orden público, especialmente frente a un peligro para la comunidad o para la vida, los medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas sólo podrán ser utilizados en base a una autorización judicial. Si la demora implicare un peligro inminente, la medida puede ser autorizada por otro órgano predeterminado por la ley; una resolución judicial deber solicitarse sin dilación.

5. Si los medios técnicos están previstos exclusivamente para la protección de las personas que intervienen autorizadamente en la vivienda, la medida puede ser tomada por un órgano predeterminado por la ley. Una utilización con otra finalidad de los conocimientos recogidos en tal supuesto, sólo será permitida si sirve para la persecución penal o para la prevención ante un peligro y sólo si la legalidad de la medida ha sido verificada previamente por un juez; si la demora implicare un peligro inminente, la resolución judicial tiene que ser solicitada sin dilación.

6. El Gobierno Federal informa al Bundestag anualmente sobre la utilización de los medios técnicos realizada según el apartado 3 así como en el ámbito de competencia de la Federación según el apartado 4 y, en la medida en que se exija un

domicilio, era bastante conciso, pero fue complementado con un amplio catálogo de límites escalonados a fin de tener en cuenta las necesidades de la persecución penal eficaz de su violación. Otra disposición que ha sido modificada en términos similares es el artículo 16a⁶⁵ (originariamente,

.....

control judicial, según el apartado 5. Un órgano elegido por el Bundestag ejerce el control parlamentario sobre la base de este informe. Los Länder garantizan un control parlamentario equivalente.

7. Por lo demás, las intervenciones y restricciones solo podrán realizarse para la defensa frente a un peligro común o un peligro mortal para las personas; en virtud de una ley, tales medidas podrán ser tomadas también para prevenir peligros inminentes para la seguridad y el orden públicos, especialmente para subsanar la escasez de viviendas, combatir una amenaza de epidemia o proteger a menores en peligro».

65 Artículo 16a.

«1. Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo.

2. El apartado 1 no podrá ser invocado por nadie que entre en el país desde un Estado miembro de las Comunidades Europeas o de otro tercer Estado en el cual esté asegurada la aplicación de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Los Estados fuera de las Comunidades Europeas en los cuales se cumplen las condiciones de la primera frase serán determinados por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. En los casos de la primera frase, las medidas que pongan fin a la residencia pueden ser ejecutadas independientemente del recurso judicial interpuesto contra ellas.

3. Podrá determinarse por una ley, que requiere la aprobación del Bundesrat, los Estados en los cuales, en base a la situación jurídica, la aplicación del derecho y las condiciones políticas generales, parece estar garantizada la no existencia de persecuciones políticas ni de castigos o tratamientos inhumanos o degradantes. Se supondrá que un extranjero proveniente de uno de tales Estados no es perseguido, a menos que exponga hechos que fundamenten la presunción de que es perseguido políticamente, contrariamente a lo que se había supuesto.

4. La ejecución de medidas, que pongan fin a la residencia en los casos mencionados en el apartado 3 y en otros casos manifiestamente injustificados o considerados como manifiestamente injustificados, sólo será suspendida por el tribunal si hay serias dudas en cuanto a la legalidad de la medida;

la extensión de la investigación puede ser restringida y una alegación posterior al plazo fijado puede no ser tenida en cuenta. La regulación se hará por una ley.

5. Los apartados 1 a 4 no contradicen los Tratados internacionales entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y con terceros Estados que, tomando en cuenta las obligaciones que resultan de la Convención Internacional sobre el Estatuto de los refugiados y del Convenio para la protección de los derechos

segunda frase del artículo 16, apartado 2), que concede a las personas (extranjeras únicamente) perseguidas políticamente un derecho fundamental de asilo que es casi único en el mundo. Debido a la afluencia masiva de solicitantes de asilo (pocos de los cuales tenían materialmente derecho a asilo) a finales de los años 80 y principios de los años 90 se redujo el contenido del derecho de asilo mediante la introducción de límites adicionales (Estados terceros seguros, Estados de origen seguros). Incluso el Derecho de la Unión Europea impactó en el catálogo de derechos fundamentales: la prohibición para mujeres de prestar servicio con las armas, por ejemplo, tuvo que ser abolida (cf. artículo 12a, apartado 4, de la Ley Fundamental⁶⁶) y también tuvo que derogarse la interdicción de extraditar a alemanes a condición de que un Estado miembro de la Unión Europea haya emitido una «orden europea de detención y entrega» (artículo 16, apartado 2, segunda frase, de la Ley Fundamental⁶⁷) o de que un tribunal (penal) internacional haya solicitado su extradición. Cabe observar que también el derecho de asilo del artículo 16a está en gran medida determinado por el Derecho de la Unión.

Desde el año 1949 apenas se han añadido nuevos derechos fundamentales en el texto de la Constitución. La «modernización» del catálogo de estos derechos y su adaptación a las necesidades y exigencias

.....

humanos y las libertades fundamentales cuya aplicación debe estar garantizada en los Estados contratantes, definen las reglas de competencia para el examen de las solicitudes de asilo, incluyendo el reconocimiento recíproco de las decisiones en materia de asilo».

66 Artículo 12a.

«[...] 4. Cuando en el caso de defensa no pudieran cubrirse sobre una base voluntaria las necesidades de servicios civiles en el sector sanitario civil, así como en los hospitales militares establecidos, podrán ser obligadas, por ley o en virtud de una ley, a cumplir tales servicios las mujeres que hayan cumplido dieciocho años y tengan menos de cincuenta y cinco. En ningún caso las mujeres podrán ser obligadas a prestar servicio con las armas [...]».

67 Artículo 16.

«[...] 2. Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. Por ley se podrá adoptar una regulación divergente para extradiciones a un Estado miembro de la Unión Europea o a un Tribunal internacional, siempre que se respeten los principios del Estado de Derecho.

contemporáneas han sido realizadas no tanto por el legislador cuanto sobre todo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha desarrollado el alcance de protección de los derechos fundamentales mediante la interpretación. Cuando en 2017 el *Bundestag* decidió permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, pudo apoyarse en una interpretación extensiva del artículo 6, apartado 1, de la Ley Fundamental (derecho al matrimonio)⁶⁸ de acuerdo con la cual el matrimonio no es exclusivamente un vínculo entre un hombre y una mujer. Aunque el Tribunal Constitucional no había apoyado explícitamente esta interpretación extensiva, sí allanó el terreno cuando reivindicó iguales derechos relativos al estado civil para personas del mismo sexo (fundándolo, no obstante, en el principio general de igualdad, lo que para muchos autores no es muy convincente desde el punto de vista doctrinal). El derecho fundamental no escrito más importante, derecho arraigado en el Derecho y la justicia civil pero elaborado en gran parte por el Tribunal Constitucional Federal, es el derecho general de la personalidad, basado dogmáticamente en la dignidad humana en conjunción con la libertad general de acción. Este derecho comprende todas las facetas de la personalidad: la privacidad, el nombre, el honor, la autodeterminación sexual, el origen, el derecho a la rehabilitación y, sobre todo, el «derecho a la autodeterminación informacional», o sea la disposición sobre los propios datos personales. De este modo, y aunque su texto no explicita la materia, la Ley Fundamental está bien preparada para encarar los retos de la sociedad digital.

A juzgar por su apariencia exterior, el catálogo de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental parece un poco anticuado. Está abierto a nuevos desarrollos, pero estos no siempre están reflejados en su texto. En su orientación básica, el sistema alemán de derechos fundamentales es más bien conservador y prescinde en gran medida de los derechos sociales (que, finalmente, tampoco podrían calificarse como derechos

.....

68 Artículo 6.

«1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal [...]».

fundamentales, sino más bien como objetivos estatales) y de los derechos colectivos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 –que rige la aplicación y gran parte de la transposición de mucha de la legislación europea en Alemania– fue inspirada por la Ley Fundamental, pero es un ejemplo de un catálogo de derechos fundamentales más moderno que el de la Constitución alemana: estructurada en derechos de diferentes tipos (dignidad humana, libertades, igualdad, solidaridad, derechos civiles, derechos judiciales) y con un componente social más sólido, no diferencia los derechos fundamentales y otros derechos comparables, y contiene una única disposición practicable que establece las reglas sobre la limitación para todos los derechos fundamentales por igual (mientras que la Ley Fundamental establece diferentes condiciones de limitación para cada derecho y, en el caso de ciertos derechos, la posibilidad de limitación solo se puede derivar del contexto constitucional), así como un resumen de normas generales en la parte final. La Carta también reconoce derechos que (todavía) no se encuentran en la Ley Fundamental, entre ellos el derecho a una buena administración, los derechos del niño y el derecho al acceso a servicios de interés económico general. Como fuente moderna de inspiración para otras constituciones, este texto –que incorpora elementos de la Convención Europea de Derechos Humanos y de las constituciones nacionales de los Estados miembros de la UE y, en particular, de la alemana– es más apropiado que la primera sección de la Ley Fundamental.

Sin embargo, la Ley Fundamental también ha demostrado su valor como *living instrument* con respecto a su catálogo de derechos fundamentales. La ausencia de derechos sociales en su articulado no ha tenido un efecto negativo notable, ya que el desarrollo del Estado social ha sido impulsado por leyes ordinarias. A este respecto, la Ley Fundamental es realista y conoce las dificultades y los límites y problemas derivados de la comprensión como derechos fundamentales de derechos tales como el «derechos a la educación» o el «derecho a la seguridad social», problemas que también se plantean en los Estados en los que dichos derechos están garantizados por la constitución. Algunos contenidos del catálogo

de derechos fundamentales se han revelado insignificantes y podrían ser abolidos (como la disposición sobre la privación de los derechos fundamentales del artículo 18⁶⁹ o la garantía del contenido esencial del artículo 19, apartado 2). En otras partes, la Ley Fundamental solo retoma parcialmente nuevos desarrollos y debe ser complementada por el Derecho de la Unión Europea y, si es necesario, también por el Derecho internacional público. Por ejemplo, en el ámbito de las prohibiciones de discriminación faltan disposiciones sobre la discriminación por razón de la edad o la preferencia sexual. El derecho de asilo del artículo 16a ha quedado rezagado con respecto a la protección internacional, prevista por las disposiciones de la Unión Europea, y se solapa con estas normas. También las disposiciones sobre las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales podrían ser adaptadas al derecho de la Unión Europea de forma más decidida. El derecho general de la personalidad –y, sobre todo, el derecho a la protección de datos– debería reflejarse en el texto constitucional. Además, la situación constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos es insatisfactoria: su condición híbrida –se trata de normas que deben ser respetadas incluso desde el punto de vista constitucional y que, sin embargo, solo tienen el rango de una ley ordinaria–, sigue siendo una posible fuente de tensión jurídica. Ciertamente, este problema no se resolvería elevando la Convención Europea de Derechos Humanos a rango constitucional (como en algunos Estados miembros), ya que esto simplemente trasladaría el conflicto a la disputa entre el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que sí podría valorarse es la posibilidad de atribuir a las leyes ordinarias

.....
69 Artículo 18.

«Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (Artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (Artículo 5, apartado 3), de reunión (Artículo 8), de asociación (Artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (Artículo 10), así como del derecho de propiedad (Artículo 14) y del de asilo (Artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales. La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal».

relativas a la Convención un rango jerárquico superior, comparable al que, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley Fundamental, tienen las reglas generales del derecho internacional.

Con respecto a la protección judicial, no parece que sea necesaria la introducción de mejoras o de cualquier otro complemento fundamental. El Derecho de la Unión Europea (artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales) y ciertas leyes alemanas que implementan Derecho de la UE aplican los derechos fundamentales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (y, según la opinión del Tribunal Constitucional Federal, no los derechos fundamentales de la Ley Fundamental). Los posibles vacíos en la protección judicial fueron colmados mediante la interpretación de la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional Federal. Por lo tanto, los derechos fundamentales de la Carta ahora también son considerados como «derechos fundamentales» susceptibles de ser invocados a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (cf. Tribunal Constitucional Federal, decisión del 6 de noviembre 2019 – 1 BvR 276/17). Las consecuencias de esta interpretación en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y en Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de ejercer el control de los derechos fundamentales todavía no están claras.

■ ARGENTINA

Pablo Roberto Toledo*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

El ciclo constituyente originario de Argentina se extendió entre 1853-1860 y, como expresión del movimiento constitucionalista de la primera etapa, de ahí que la Constitución histórica fuera de corte liberal¹ y proclamara como postulados clave el principio democrático, el régimen representativo, la división de poderes y el diseño federal. Por ello, desde aquel momento y hasta la actualidad, el artículo primero de la Constitución Nacional (en adelante, también CN o Constitución) dispone: «La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal»². Estos rasgos representan las bases del sistema ideológico que inspira la Constitución. A su vez, cabe subrayar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también CS o CSJN) añadió que la Argentina es un Estado de Derecho³.

.....

* Abogado. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Procesal. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Diplomado en Derecho Procesal Constitucional. Docente en las Cátedras de Derecho Procesal y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho (UNT), docente en carreras de postgrado y relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Mail: pabl roberto toledo@hotmail.com.

1 Más allá de que, a partir de la reforma del año 1957, se adoptan bases de un Estado social de Derecho.

2 La mención del federalismo aparece erróneamente formulada como forma de gobierno, cuando en rigor se trata de un tipo de organización político-territorial (o forma de Estado).

3 CS, *Gastaldi, Olga J.*, 11/09/1986, Fallos 308:1671.

La adopción de un sistema representativo de gobierno implica el funcionamiento de las reglas del sistema democrático⁴. De hecho, la CN incorpora esos valores (arts. 33, 36, 38 y 75 inc. 19 y 24 de la Constitución). En coherencia con ello, la primera definición que encontramos en el preámbulo de la Constitución acoge el principio de que el poder reside en el pueblo.

En ese esquema se observa que, si bien la Constitución Nacional parece adoptar un sistema rígido de representación cuando en su artículo 22 señala que «el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución», una lectura integral de la Constitución ofrece una concepción algo más robusta de la democracia. Esta se advierte cuando tomamos en consideración otras normas de relevancia constitucional como el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14) y, particularmente, las incorporaciones introducidas con posterioridad a la Constitución de 1853, que abarcan desde la consagración del derecho de huelga del art. 14 bis hasta las nuevas disposiciones sobre participación política y democracia introducidas por la reforma constitucional del año 1994 –de donde surgen la iniciativa popular del art. 39 y la consulta popular del art. 40–, lo que permite concluir que la CN reivindica la voluntad popular como fuente y legitimación del poder⁵. Lo cierto es que el sistema analizado permite la celebración de elecciones populares, pero no garantiza una relación virtuosa entre la sociedad y sus representantes.

El sistema se complementa con la idea de una forma de gobierno republicana (conf. art. 1 y 33 de la CN), que se traduce en la división de poderes y en un sistema de controles –frenos y contrapesos– que trata de evitar la concentración del poder. En ese sentido, la estructura constitucional marca como dato relevante la temporalidad del ejercicio del poder, es decir, la renovación periódica de los gobernantes.

.....
4 BIDART CAMPOS, G. (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, t.I, 1ª reimp., Buenos Aires: Ediar, pp. 295-296.

5 Conf. GARGARELLA, R. (2006): «Republicana, representativa y federal», en R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2016, T. Iº, pp. 8-12.

Por su parte, el control previsto es endógeno y exógeno. El primero se lleva a cabo mediante controles internos a la organización institucional dirigidos desde cada una de las ramas del poder (*v. gr.* veto ejecutivo, poder de insistencia, control judicial, juicio político, etc.), mientras que el segundo se ejerce a través de las herramientas de participación ciudadana, las exigencias de transparencia en el ejercicio del poder y la publicidad de los actos de gobierno.

El art. 1 de la Constitución histórica (1853-1860) reflejó un fenómeno preexistente al adoptar el federalismo como organización político-territorial⁶. Este sistema implica una relación entre el poder y el territorio, dicho esto en el sentido de que el poder se descentraliza políticamente con base física, geográfica o territorial.

El Estado federal se compone de muchos estados miembros (que en nuestro caso se trata de estados provinciales), organizando una dualidad de poderes: el del Estado federal y los provinciales. En el caso de Argentina, las provincias preexisten históricamente al Estado federal. Se trata de las unidades políticas autónomas que componen la federación. Sin embargo, estas no pueden desmembrarse, previsión que trata de asegurar la unidad territorial del Estado federal mediante la integración pluralista de las provincias.

Cabe aclarar, en este punto, que la CN organiza únicamente al Gobierno federal, mientras que los Gobiernos provinciales son organizados por sus respectivas constituciones provinciales, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligen a sus gobernadores, a sus legisladores y al resto de sus funcionarios, todo ello sin intervención del Gobierno federal (conf. art. 122 de la CN). No obstante, la Constitución federal traza algunas pautas; por ello, su art. 5 dispone que cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo, republicano y de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.

.....

6 Como opuesta a la unitaria, que centraliza territorialmente al poder del Estado.

La dualidad de poderes entre el Estado federal y los provinciales se estructura a través del reparto de competencias (exclusivas del Gobierno federal, exclusivas de las provincias, concurrentes, etc.)⁷, si bien hay que aclarar que las provincias conservan todo el poder que la CN no delega en el Gobierno federal (art. 121).

De esa forma, la «promesa» del federalismo consiste en que es un catalizador del ejercicio democrático y la participación ciudadana, dado que la mayor cercanía entre representantes y representados propicia la creación de vías más directas de participación, otorga a los ciudadanos mayor poder de presión frente los representantes y facilita los reclamos de rendición de cuentas.

A su vez, esa dualidad de poderes se triplica cuando tomamos en consideración que, tras la reforma constitucional del año 1994, los municipios –también autónomos– invisten un tercer poder dentro de cada provincia: el poder municipal (art. 123 de la CN)⁸.

En relación con las categorías nacionalidad/ciudadanía, si bien en términos doctrinarios la ciudadanía es una condición jurídica de la persona que consiste en un estatus derivado del Derecho positivo cuyo contenido viene dado por el ejercicio de los derechos políticos, la Constitución Argentina identifica la ciudadanía con la nacionalidad, si bien hay que subrayar que utiliza indistintamente los conceptos «ciudadano» y «extranjero». El art. 20 de la Constitución dispone, en este sentido, que los «extranjeros» gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del «ciudadano»⁹.

En virtud de la identificación que acaba de ser señalada, dentro del concepto de «habitantes» (término que la Constitución emplea para designar a las personas que integran la población) todo ciudadano es

.....
7 BIDART CAMPOS, G. (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, op. cit., pp. 443-444.

8 BIDART CAMPOS, G. (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, op. cit., p. 438.

9 Ese empleo indistinto de los conceptos de «ciudadanía» y «nacionalidad» también puede advertirse en otras normas constitucionales.

nacional y todo nacional es ciudadano, y aquel que no es ciudadano (o nacional) es extranjero.

La nacionalidad (o ciudadanía) se adquiere por nacimiento en territorio argentino (nacionalidad natural o *ius soli*), por opción (para quienes nacen en el extranjero, pero son hijos de argentinos nativos –*ius sanguinis*–) y por naturalización (para aquellos extranjeros que cumplen determinadas condiciones, entre ellas, la residencia de dos años continuos)¹⁰.

A su vez, debemos aclarar que el Estado Argentino reconoce solo una nación. Si bien la reforma constitucional de 1994 consagró algunos derechos especiales de las comunidades indígenas a través del art. 75, inc. 17¹¹ y de la recepción en el ordenamiento constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el reformador no tuvo la intención de incorporar la idea de Estado plurinacional a nuestra organización jurídico-política. El hecho de que el inc. 17 del art. 75 de la Constitución hable de «pueblos indígenas argentinos» evidencia que el constituyente no los reconoció como pueblos soberanos ni como naciones distintas: la reforma reconoció su derecho a la diferencia étnica y cultural, pero como comunidades que conforman la República argentina, es decir, adoptó una concepción multicultural en el marco de un Estado de Derecho que modificó la concepción asimilacionista del constituyente de 1853.

No obstante, la Constitución dispone que dichos pueblos deben conservar todo el poder que sea necesario para preservar su identidad tanto respecto a la organización de sus instituciones como a su subsistencia comunitaria y el mantenimiento de su cultura.

.....
10 Conf. arts. 20 y 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

11 Esta norma dispone que, corresponde al Congreso: «17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones».

En nuestra opinión, el diseño constitucional argentino ofrece fortalezas desde el punto de vista formal, dado que segmenta el poder en distintos planos y recoge postulados clásicos con ajustes propios de constitucionalismo social tratando de lograr un adecuado equilibrio entre los principios liberales y sociales. No obstante, la realidad exhibe tensiones permanentes e incluso transformaciones contrarias a los valores y principios democráticos.

En relación con los postulados relativos al principio democrático, el régimen representativo y la forma republicana de gobierno que surgen del texto constitucional, debemos aclarar que la importante reforma constitucional del año 1994 no modificó ese techo ideológico originario. De hecho, conservó su eje de principios y valores, más allá de que acentuara los rasgos del constitucionalismo social¹². En lo sustancial, esa reforma amplió el reconocimiento formal de derechos, pero mantuvo la estructura del poder clásico (la parte orgánica de la CN) en cuyo diseño se advierte cierta desconfianza democrática.

En ese plano pueden detectarse las profundas dificultades que exhibe actualmente el sistema de representación política, que no ha logrado cumplir su promesa de inclusión social. Este déficit de inclusión «convive» con una sociedad movilizadora que interviene en los asuntos públicos y formula crecientes demandas sociales, desajuste que patentiza las fisuras existentes en la relación entre la ciudadanía y la dirigencia política. En ese contexto, cabe apuntar críticamente que el diseño constitucional no promueve un autogobierno colectivo y que las herramientas de participación resultan insuficientes, circunstancias que impactan negativamente en las prácticas democráticas.

Por su parte, el postulado republicano también muestra fisuras que involucran al diseño constitucional: los mecanismos de control no han logrado su objetivo, inefectividad que, en parte, obedece a una clara preferencia por los controles endógenos sobre los controles sociales o

.....
12 BIDART CAMPOS, G. (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, op. cit. p. 303.

exógenos y un diseño que propicia que la clase dirigente a pactar entre sí y no favorece que esos grupos de poder se controlen mutuamente¹³, lo que provoca un deterioro del esquema de controles en que se asienta el constitucionalismo. Se diseñó, entonces, un sistema constitucional marcadamente presidencialista dotado de controles escasamente eficientes.

La organización federal del Estado argentino está especialmente cargada de tensiones de raíz estructural. Si bien el diseño federal trata de garantizar el multiculturalismo y las autonomías provinciales a fin de segmentar el poder y crear espacios de mutuo control (v. gr. las provincias cuentan con una de las Cámaras en el Congreso Nacional –el Senado–), el sistema federal originariamente planeado por la Constitución de 1853-1860 ha sufrido grandes desequilibrios que han favorecido al Gobierno federal en desmedro de los gobiernos provinciales, una inercia que la reforma constitucional de 1994 no logró neutralizar. En ese sentido, Bazán apunta que, más allá de la aspiración del constituyente de 1994 de vigorizar las estructuras provinciales, en los hechos ello no ha sucedido. Por el contrario, se ha incrementado el centralismo y, sobre todo, ha aumentado la subordinación financiera y económica de la gran mayoría de las provincias a la nación¹⁴.

Por otra parte, no podemos evitar señalar que, en ocasiones, la invocación del federalismo también ha servido para que los gobiernos provinciales llevaran a cabo prácticas contrarias a los valores democráticos y republicanos. En efecto, el sistema federal no pudo cumplir su «promesa» como instrumento democratizador del poder. Por ello, pienso que, si bien el diseño federal presenta potencialidades significativas en el plano teórico (en contraste con el sistema unitario), en la realidad, lejos de consolidar prácticas democráticas y federales, en el caso argentino fue perdiendo vigor. En efecto, considero que la apuesta por el federalismo exige que el

.....
13 GARGARELLA, R. (2020): *La derrota del derecho en América Latina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2020, p. 60.

14 BAZÁN, V., (2019) «Constitución, economía y derechos fundamentales. El caso argentino», en *Constitución y economía*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer-Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica, n° 7, pp. 34-36.

diseño constitucional dote de herramientas eficientes a las provincias para robustecer su posición frente al Estado federal, evitando su subordinación financiera y económica.

Por su parte, el concepto de ciudadanía y su relación con la nacionalidad no ha sido objeto de revisiones desde la promulgación del texto constitucional original. Al respecto, podemos destacar que, más allá de la posibilidad de crear un concepto constitucional autónomo de ciudadanía, en la práctica no ha habido inconvenientes debido a que normativa infraconstitucional se ocupó de regular el alcance de los derechos tradicionalmente vinculados a ese concepto.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de una sola nación en el Estado argentino, considero adecuada la solución adoptada en la reforma constitucional de 1994, que reconoció derechos especiales a las comunidades indígenas argentinas para combatir una discriminación estructural sin que ello supusiera el reconocimiento de un Estado plurinacional.

2. Modelo económico

La Constitución Argentina no contiene la definición de un modelo económico en específico ni en su versión originaria ni en los textos resultantes de sus posteriores reformas, es decir, no puede afirmarse que de ella surja un programa económico determinado. Sin embargo, contiene normas que establecen la formación del Tesoro nacional (art. 4) –mediante derechos de exportación e importación, impuestos indirectos, etc.–, delimita las atribuciones del Congreso en materia económica para fijar impuestos (art. 75, inc. 2), emitir moneda y contraer empréstitos (art. 75), autoriza la concesión de medidas de estímulo para el progreso y el desarrollo (art. 75, inc. 18), establece el mecanismo para sancionar el presupuesto y aprobar la cuenta de inversión, etc., medidas, todas ellas, cuyos márgenes no obstan a la aplicación de distintos planes económicos como, de hecho, ha ocurrido con distintos gobiernos¹⁵.

.....
15 DALLA VIA, A. R. (1999): *Derecho Constitucional Económico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 106.

De cualquier, la Constitución sí establece algunos principios orientadores en materia económica que surgen de la filosofía que inspiró su texto originario y de la que subyace a algunas de sus reformas posteriores. En ese sentido, cabe resaltar que la Constitución histórica tiene un fuerte sesgo liberal-individualista y que se inscribe, por ello, en la línea de las constituciones «demoliberales» que afloraron durante el siglo XIX. Esta orientación se refleja en el hecho de que las declaraciones de la parte dogmática tienden a reafirmar la libertad individual y a conferir preponderancia a la iniciativa individual entendida como principio (conf. art. 19 de la Constitución).

En el ámbito económico, la influencia de estos principios se concretó en la reducción del papel del Estado y en la limitación de las regulaciones y de la actividad recaudatoria del fisco (ello se refleja en los arts. 4, 17, 44, 75, inc. 2 de la Constitución). A su vez, la norma suprema proyectó un cariz librecambista plasmado en las normas que protegen la libertad de comercio, de industria, de navegación y el libre tránsito de mercaderías, así como las que prohíben de aduanas interiores y regulan la percepción de los derechos aduaneros por el Gobierno federal (conf. arts. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 de la Constitución).

Se observa, pues, que la Constitución de 1853-1860 consagró una serie de principios, derechos y procedimientos que trataban de consolidar un modelo económico liberal basado en la autorregulación del libre mercado que atribuía al Estado un rol sustancialmente abstencionista. No obstante, y sin dejar de destacar la preponderancia del liberalismo (político y económico), la Constitución histórica no dejó toda la economía nacional librada a las fuerzas del mercado, sino que se ocupó de señalar los objetivos que el Estado debe realizar en materia de progreso y bienestar, educación (art. 5), ocupación del territorio y fomento de la inmigración (arts. 25, 20 y 21)¹⁶. Ello se reflejó en el preámbulo, texto en el que el objetivo de «asegurar los beneficios de la libertad» coexistía con el de «promover el bienestar general».

.....

16 La ocupación del territorio tenía un claro sentido económico en el pensamiento del Alberdi (cuyas ideas inspiraron el texto constitucional originario), en la medida en que trataba de desarrollar la industria y labrar la tierra.

La reforma constitucional del año 1957 introdujo algunos aspectos del constitucionalismo democrático y social¹⁷ y puso énfasis en algunas cláusulas de contenido económico y social que proyectaban un Estado benefactor o distribuidor, inflexión reflejada en la incorporación del 14 bis a la Constitución¹⁸. El fortalecimiento del constitucionalismo social en la carta magna llevó aparejada una mayor intervención estatal en la economía y la puesta en marcha de reformas sociales de diversa índole, políticas y principios interpretables como la expresión de un cambio ideológico con impacto en los principios de orientación económica y del tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho. No obstante, ese cambio en los principios constitucionales no fue acompañado por una transformación del Estado, que mantuvo su diseño original.

Esos rasgos del constitucionalismo democrático y social introducidos en la reforma constitucional de 1957 fueron enriquecidos con la reforma constitucional de 1994, robusteciendo el techo ideológico del Estado social de Derecho. El texto constitucional incorporó, por ejemplo, los principios de justicia social (art. 75, inc. 19), y de igualdad real de oportunidades y de trato (arts. 37, 43 y 75, incs. 19 y 23), la promoción de políticas de generación de puestos de empleos y formación de los trabajadores (art. 75, inc. 19), el estímulo de las políticas intervencionistas orientadas a evitar la distorsión de los mercados y controlar los monopolios (art. 42) o el monitoreo de las actividades productivas para que satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (art. 41), entre otras pautas¹⁹.

.....
17 BAZÁN, V. (2019): «Constitución, economía y derechos fundamentales. El caso argentino», *op. cit.* p. 7.

18 A grandes rasgos el art. 14 bis de la Constitución busca proteger los derechos del trabajador (condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas, retribución justa, salario mínimo vital móvil, participación en las ganancias de las empresas, etc.), la organización sindical libre y democrática, el derecho de huelga y la vivienda familiar.

19 SAGÜÉS, N. P. (2017): *Derecho Constitucional*, t. 2, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, p. 50.

Cabe destacar también la ampliación de derechos que supuso la jerarquización por encima de las leyes de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22). Si bien una ampliación de los derechos sociales no implica la consagración de un modelo económico determinado, sí establece ciertas metas mínimas –en especial, ciertos objetivos prestacionales– que debe cumplir el sistema estatal, fines que permiten inferir una filosofía que, indirectamente, impacta en el modelo económico²⁰.

Desde esa perspectiva, puede afirmarse que la reforma constitucional de 1994 impactó en aspectos económicos, financieros, sociales, políticos e incluso en dimensiones vinculadas a la integración regional o extraregional. Cabe, en ese marco, destacar especialmente la «nueva cláusula del progreso» (art. 75, inc. 19), que establece como valores fundamentales el «desarrollo humano», el «progreso económico con justicia social», la «productividad de la economía nacional», la «generación de empleo», la «defensa del valor de la moneda», el «desarrollo científico y tecnológico», el «crecimiento armónico de la nación», y la promoción de «políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones», entre otros. También debemos remarcar la consagración constitucional del amparo como herramienta para la tutela de los derechos (art. 43 de la Constitución).

Por ello, a partir de la última reforma constitucional (1994), el esquema económico podría catalogarse como una economía social de mercado propia de un Estado social y democrático de Derecho. En ese marco, el diseño constitucional actual atribuye al Estado un rol determinante en la definición y el desarrollo del modelo económico.

A su vez, y más allá de la volatilidad de la política económica argentina (atada muchas veces al signo político del Gobierno), la Constitución como proyecto ideológico impulsa un Estado que interviene en el mercado con políticas de promoción y regulación de los sectores claves de la

.....

20 NASH, C. (2019): «Nueva Constitución, modelo económico y derechos fundamentales. El debate inédito en Chile», en *Constitución y economía*, op. cit., pp. 84-86.

economía argentina. Ello se percibe, como hemos señalado, en diversas normas, desde las que reconocen derechos de naturaleza económica y social hasta las que directamente postulan una intervención del Estado para lograr el «progreso económico con justicia social», el «crecimiento armónico de la nación» o la promoción de «políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones». Ese modelo de protección de los derechos económicos y sociales tuvo acompañamiento por parte de la CSJN²¹.

Analizando el modelo económico que surge de la Constitución, podemos señalar que la reforma constitucional del año 1994 consolidó un proceso de transformación –iniciado en la reforma del año 1957– hacia una economía social de mercado propia de un Estado social y democrático de Derecho; si bien ello no resulta directamente de los textos constitucionales, esa conclusión puede ser extraída de la inteligencia de sus normas. Ese esquema impone al Estado la carga de garantizar una amplia gama de derechos de naturaleza económica y social que desdibuja la idea del abstencionismo estatal sin deslizarse hacia un intervencionismo absoluto y sin ignorar principios liberales clásicos (*v.gr.* la protección de la libertad económica). Se trata, más bien, de complementar estos principios con parámetros sociales dirigidos a preservar la dignidad humana y su desarrollo.

Sin embargo, la Constitución argentina no presenta un modelo cerrado para la aplicación de un específico programa económico. Por el contrario, permite que los gobiernos surgidos de los procesos electorales diseñen y apliquen su propio programa económico²², sin perjuicio de los límites establecidos por los grandes principios constitucionales, que cumplen un papel equilibrador para corregir los potenciales excesos y desfases que pudiera presentar el programa económico aplicado.

Desde mi punto de vista, el diseño constitucional es adecuado en este punto, dado que, sin «cerrar» un programa económico específico, define

.....
 21 CSJN, Q. C., S. Y. vs. *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, 24/04/2012, Fallos 335:452.

22 DALLA VIA, A. R., *Derecho Constitucional Económico*, op. cit., p. 105.

ciertas bases del modelo económico y social que definitivamente incidirán y limitarán las decisiones políticas (con impacto económico) que puedan tomarse democráticamente. Por otra parte, la ausencia de un programa económico específico (con base constitucional) tiene la ventaja de otorgar flexibilidad a los gobiernos para adoptar las medidas más favorables en un ámbito fuertemente dinámico, aunque no puede desconocerse que su debilidad radica en que propicia un alto grado de volatilidad en los programas económicos aplicados (ello ocurre en Argentina incluso en ciclos de gobierno del mismo signo político) que puede impactar negativamente en la macroeconomía.

Lo importante, me parece, es que la Constitución mantiene ciertas bases que pretenden garantizar la tutela de los derechos e impide la aplicación de un modelo que se encuentre en pugna con los principios fundamentales de la Constitución y sus grandes orientaciones.

A su vez, también parece conveniente que el diseño constitucional imponga al Estado la obligación de garantizar una amplia gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y ambientales, previsión que reclama la intervención activa del aparato estatal –sin detrimento sustancial de la libertad– a favor de la persona, de sus derechos, de la igualdad, del desarrollo sostenible, de la solidaridad y del sistema axiológico delineado por la Constitución.

En este punto, es importante destacar que esa ampliación formal de los derechos se vincula directamente con el diseño del Estado, dado que, como señala Gargarella, es necesario organizar el aparato de poder de forma que sea consistente con los derechos consagrados en el texto constitucional²³ para cumplir de manera efectiva los fines perseguidos. Por el contrario, si no se reformula el Estado, la ampliación de los derechos es una mera declamación. Por otra parte, la reformulación del Estado, que

.....
23 GARGARELLA, R. (2016): «El, “nuevo” constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (o las tensiones que se generan entre las nuevas declaraciones de derechos y la vieja organización del poder)», en R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, t. 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, p. 42.

debe tender al acrecentamiento del poder y facultades del mismo, debe ir acompañada de un diseño estructuralmente preparado para llevar a cabo controles internos y externos.

Todo ello impone prestar atención también a las obligaciones asumidas en el plano internacional, que no solo reclaman la protección de un contenido mínimo y esencial de los derechos humanos, sino también la vigencia del principio de progresividad y la prohibición de retrocesos injustificados en esa materia. Estos principios clave demandan un programa económico coherente con el objetivo del progreso en el que los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables sean objeto de una especial protección.

3. Modelo político y sistema de gobierno

Como señala Sagüés, la Constitución Argentina –siguiendo las directrices expuestas por Juan B. Alberdi en sus *Bases* (obra que inspiró la Constitución)– diseñó un «Poder Ejecutivo de la Nación» (art. 87) especialmente fuerte al que confió cuatro comandancias principales: a) jefe supremo de la Nación (art. 99, inc. 1); b) responsable político de la administración general del país (art. 99, inc. 1); c) jefe de Gobierno (art. 99, inc. 1), y d) comandante en jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación (art. 99, inc. 12). Se advierte, pues, que la Constitución adoptó un régimen nítidamente presidencialista caracterizado por la institucionalización de un vigoroso poder ejecutivo separado del poder legislativo y no designado ni removible por este (salvo mediante juicio político) cuyos ministros y secretarios son nombrados y pueden ser cesados por la propia autoridad de un presidente que es, al mismo tiempo, «jefe de Estado» y «jefe de Gobierno»²⁴.

La amplitud del poder otorgado a la figura del «presidente de la Nación Argentina» está vinculada a la herencia sociocultural virreinal –de neto predominio del poder ejecutivo y de pleitesía hacia un presunto origen divino de su poder–, la delegación de ciertas facultades legisferantes del Congreso en el poder ejecutivo, el mecanismo de elección

.....

24 SAGÜÉS, N. P. (2017): *Derecho Constitucional, op. cit.*, p. 337.

del presidente (art. 94) y la posibilidad de su reelección por un periodo consecutivo²⁵ (art. 90).

Por su parte, la Constitución argentina adopta un modelo de organización política parlamentaria compleja. El Congreso está compuesto por dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores (art. 44), que conforman el poder legislativo de la nación. La Cámara de Diputados refleja la representación popular; por ello, la Constitución hace referencia a los «diputados de la Nación» (art. 44), mientras que el Senado refleja la representación territorial; por ello la Constitución habla de los «senadores de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires» (art. 44).

Respecto al Senado, cabe señalar que se trata de un órgano con una cantidad de miembros reducida (72 senadores) compuesto por «tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires» (art. 54) que serán «elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos, y la restante al partido que le siga en número de votos» (art. 54). El mandato de los senadores dura seis años y son reelegibles indefinidamente (art. 56). El Senado está presidido por el «vicepresidente de la Nación»²⁶ (art. 57).

Por su parte, la Cámara de Diputados tiene un número más elevado de miembros (actualmente, 257) y es un órgano para cuya conformación se tiene en cuenta la cantidad de habitantes de cada jurisdicción electoral. El mandato de los diputados dura cuatro años y son reelegibles.

Junto al Senado y al Congreso, la Constitución argentina atribuye funciones legislativas a la Asamblea o Convención Constituyente. Se trata, no obstante, de un órgano no permanente convocado al solo efecto de reformar la Constitución Nacional (en su integridad o en cualquiera de sus partes). Para activar su funcionamiento, la necesidad de reforma debe

.....
25 Si bien el presidente dura en sus funciones cuatro años, podrá ser reelegido por un solo período consecutivo. Posteriormente, solo podrá ser reelegido con el intervalo de un periodo.

26 Ese cargo actualmente está ocupado por una mujer (enero de 2021), generando la costumbre de referirse a ella como «vicepresidenta».

ser declarada por el Congreso con el voto de al menos dos terceras partes de sus miembros (art. 30).

Dadas las características del sistema federal, cada una de las provincias cuenta, además, con un poder legislativo propio, que emitirá leyes provinciales en el marco de sus competencias.

A su vez, debemos destacar que, a pesar de que no son órganos legislativos, el Poder Ejecutivo Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación también cumplen funciones legisferantes (principalmente, mediante decretos y acordadas respectivamente).

Esos órganos del Estado no son compartimentos absolutamente estancos. Son, más bien, engranajes que están obligados a interactuar a fin de garantizar la funcionalidad del sistema político. Al menos desde el punto de vista de la teoría constitucional, el Congreso es la instancia que controla al Gobierno; por ello, la Constitución prevé que los ministros deben presentar al Congreso una memoria anual (art. 100, inc. 10) y que el jefe de Gabinete de Ministros debe emitir los informes y explicaciones que cualquiera de las Cámaras del Congreso solicite al Poder Ejecutivo (art. 100, inc. 11). El Congreso, a su vez, aprueba o rechaza la cuenta de inversión (art. 75, inc. 8), e incluso «El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo» (art. 85). Como se observa, desde el plano formal, la gestión presidencial debe actuar de forma coordinada con el Congreso: de hecho, este último fija anualmente el presupuesto de gastos de la administración nacional (art. 75, inc. 8).

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 creó la figura del «jefe de Gabinete de Ministros» como «punto de contacto permanente» o «puente» entre el Congreso y el poder ejecutivo con motivo de su concurrencia regular al poder legislativo (art. 100)²⁷. No obstante, la figura del jefe de gabinete no ha logrado, en la práctica, construir esa relación con el

.....

27 SAGÜÉS, N. P. (2016): *La Constitución bajo tensión*, México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 148.

Congreso y en general ha actuado bajo instrucciones del presidente, que lo designa y lo remueve a su criterio²⁸.

Como vimos, el Congreso dispone de distintos mecanismos para controlar la actividad del Poder Ejecutivo en los ámbitos patrimonial, económico, financiero y operativo (art. 85), pero la herramienta más incisiva de control del Congreso sobre el Poder Ejecutivo es el «juicio político», mecanismo que permite remover al presidente.

En relación con el funcionamiento del juicio político, la Cámara de Diputados ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, al vicepresidente, al jefe de gabinete de ministros y a los ministros (art. 53), mientras que al Senado le corresponde juzgar públicamente a los acusados por la Cámara de Diputados (art. 59). Sin embargo, como dijimos, las vinculaciones entre los poderes en un contexto de desequilibrio estructural han obstaculizado el efectivo ejercicio de este dispositivo de control.

Por su parte, el Poder Ejecutivo también cuenta con herramientas para controlar al Congreso (*v.gr.* decide sobre la convocatoria a sesiones extraordinarias o prórroga de las ordinarias). El principal instrumento de control es el «veto», que autoriza al presidente a rechazar (en todo o en parte) un proyecto de ley sancionado por el Congreso²⁹, sin perjuicio de la posibilidad de que el Congreso insista en su tramitación a través de una mayoría calificada (art. 83).

En efecto, el diseño constitucional argentino –reforzado por factores culturales y desarrollos sociopolíticos– es marcadamente presidencialista, característica que provoca que las robustas funciones de control del ejecutivo que la Constitución asigna al Congreso se hayan desdibujado en la dinámica política. Incluso es lícito hablar, con matices, de la crisis del control legislativo.

.....
 28 RISSO, G. I. (2001): «Gobierno y Estado», en W. F. Carnota (dir.), *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley, pp. 62-63.

29 Cabe aclarar que el Congreso remite al presidente un proyecto de ley sancionado, pero no una ley porque todavía es necesario que el Poder Ejecutivo lo apruebe, promulgue y publique.

Si bien la reforma constitucional de 1994 tuvo en miras atenuar el presidencialismo a través de la creación de la figura del «jefe de Gabinete de Ministros» (incorporado en el art. 100), cargo al que otorgó funciones relevantes (*v.gr.* ejercer la «administración general del país»), Sagüés apunta que el jefe de gabinete de ministros es sustancialmente análogo al «presidente del consejo de ministros» del sistema peruano y que, en este sentido, es una suerte de «mini *premier*» de perfil político tendencialmente bajo; de hecho, en la experiencia argentina su actuación no ha supuesto reducción alguna de los poderes presidenciales³⁰.

Por ello, al menos desde mi perspectiva, el sistema presidencialista diseñado por la Constitución no es el más adecuado para establecer equilibrios entre los poderes. De hecho, considero que un sistema parlamentarista ofrece un diseño más eficiente para lograr equilibrios entre el Parlamento y el Gobierno y que la escisión de las jefaturas del Estado y del Gobierno genera una estructura ciertamente flexible que responde mejor en las situaciones de inestabilidad política. A su vez, el sistema parlamentarista aporta elementos para democratizar prácticas relativas a la construcción de consensos entre las diversas fuerzas políticas que integran el parlamento, y favorece la pluralidad y el dinamismo en toda la estructura estatal.

Más allá de nuestra preferencia por el parlamentarismo, creo que el diseño constitucional de la organización política parlamentaria actual –el Congreso bicameral– podría funcionar mejor. A mi juicio, su crisis se vincula, como ya se señaló, a determinados desarrollos sociopolíticos y ciertos rasgos estructurales que no incentivan a la clase dirigente a ejercer controles mutuos, provocando un deterioro en el esquema de controles. La conformación de un Poder Ejecutivo predominante y la ausencia de equilibrios institucionales idóneos opera en detrimento de la consolidación de los valores republicanos, la concreción de los consensos políticos democráticos y la articulación de debates genuinos.

Un aspecto positivo que merece ser destacado es el mecanismo previsto en la Constitución para la reforma de la propia carta magna (en

.....

30 SAGÜÉS, N. P. (2017):., *Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 368.

su integridad o en cualquiera de sus partes). La CN diseña un sistema complejo que exige que la declaración de la necesidad de la reforma sea declarada por el Congreso (con el voto de al menos dos terceras partes de sus miembros). Sin embargo, la reforma corre a cargo de una asamblea o convención constituyente (que, en rigor, es un poder constituido, sometido al orden jurídico), instancia que decide sobre el contenido de la reforma constitucional. Si bien el texto constitucional no exige que la asamblea constituyente sea elegida popularmente, así ha ocurrido en todas las reformas realizadas durante gobiernos *de iure*, razón por la cual Sagüés considera que es una regla de Derecho consuetudinario³¹.

Por su parte, y más allá de la previsión de canales de coordinación, el diseño constitucional relativo a la interacción que entre Gobierno y Congreso no ha demostrado ser suficientemente eficiente, déficit que también se relaciona con las vinculaciones entre poderes en un marco de desequilibrio estructural. Al menos desde mi punto de vista, es necesario que la figura del «jefe de Gabinete de Ministros» –concebida como un puente entre Gobierno y Congreso– refuerce sus vínculos con el Congreso (incluso su pertenencia) y sea menos dependiente del presidente a fin de lograr un óptimo equilibrio de poderes en ese «engranaje institucional» clave para configurar las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo.

Respecto de los mecanismos de control entre los poderes políticos, el diseño constitucional puede parecer adecuado, en la medida en que contempla distintos instrumentos de control. Sin embargo, su insuficiencia es evidente, de ahí que, como dijimos, sea necesario reestructurar el diseño a fin de que el Congreso tenga más incentivos para ejercer un control riguroso de la actividad del Ejecutivo. Mientras ello no suceda, las potestades de control permanecerán vacías de contenido.

4. Democracia y participación

La Constitución Argentina reconoce y proyecta distintas dimensiones de la democracia. Como dijimos, más allá de que su art. 1º dispone que

.....
31 *Ibidem*, p. 220.

la nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, una lectura integral de la Constitución ofrece una concepción algo más robusta de la democracia.

En relación con la dimensión representativa, este se expresa en el referido art. 1º y adquiere especial vigor en el art. 22 de la Constitución, precepto que –con bastante crudeza– niega que el pueblo delibere o gobierne, a menos que lo haga a través de sus representantes. Para dar forma a esta previsión, la Constitución reconoce en el art. 37 el derecho de sufragio (universal, igual, secreto y obligatorio) y diseña un sistema de elecciones periódicas en el que el pueblo solo puede elegir entre los candidatos que presenten los partidos políticos.

Una de las implicaciones de este sistema es que, al menos en el ámbito de la Constitución Nacional, los electores no pueden dar instrucciones vinculantes a sus representantes ni dejar sin efecto sus títulos. Solo pueden rechazar sus desempeños en el siguiente proceso electoral: se trata, por tanto, de un control *ex post*.

Sin embargo, esa dimensión representativa (fortalecida en la sección que organiza el poder) se inscribe en una Constitución que reconoce los derechos fundamentales de manera amplia y favorece, además, la participación popular (fortalecida en la sección que organiza los derechos). Por ello, la posibilidad de formar parte de las decisiones colectivas en áreas relevantes es una demanda creciente –aunque el mecanismo para canalizar estas discusiones no ha concitado consenso–. Justamente bajo la cobertura de esa dimensión constitucional, se instrumentaron prácticas y herramientas propias de la democracia deliberativa y se propusieron procedimientos de adopción de decisiones basados en participación directa o indirecta de los potenciales afectados y la argumentación dialógica entre los participantes (art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional) que exigen el fortalecimiento de los canales de difusión y de la participación en los ámbitos decisorios mediante procesos discursivos orientados a la formación de la opinión y la voluntad popular.

Para que la democracia deliberativa funcione adecuadamente es clave que la sociedad esté informada, que tenga acceso a la información

pública³² (Ley n° 27.275) y que pueda participar de manera efectiva en los procesos de toma de decisiones en los ámbitos públicos. Cabe, en este sentido, destacar la implementación de audiencias públicas en el proceso de elaboración de leyes en el marco del Congreso –por ejemplo, ante modificaciones tarifarias o de prestaciones de servicios públicos³³–, ante decisiones administrativas de grave trascendencia social, así como la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control (art. 42), etc. En el ámbito judicial, la CSJN institucionalizó algunos instrumentos, por ejemplo, la regulación de las audiencias públicas y de los *amicus curiae*; cabe, además, destacar que en algunas jurisdicciones provinciales funcionan los juicios por jurados³⁴.

Finalmente, la Constitución Nacional prevé algunos instrumentos de democracia directa. En efecto, más allá del derecho a sufragar que la sociedad ejerce periódicamente para elegir a sus representantes, la reforma constitucional de 1994 incorporó a la Constitución Nacional mecanismos que propician la participación ciudadana y la movilización colectiva. Concretamente, la iniciativa legislativa popular del artículo 39 y la consulta popular del art. 40.

La iniciativa legislativa popular fue consagrada en el art. 39 de la Constitución en estos términos: «Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados [...]». De este modo, si se reúne la cantidad suficiente de voluntades, podrá presentar proyectos de ley –a fin de lograr la sanción, reforma o derogación de una norma jurídica en la que los firmantes estén interesados– y, según

.....
32 TOLEDO, P. R. (2019): «Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2019*, pp. 285-305.

33 CSJN, *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros vs. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, 18/08/2016, Fallos 339:1077.

34 Cabe aclarar que, a pesar de que la Constitución Nacional dispone la implementación del juicio por jurados en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118, en el ámbito nacional aún no funcionan los juicios por jurados.

el propio artículo 39, «El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses». Cabe aclarar que el Congreso no está obligado a aprobar el proyecto presentado por conducto de este instituto: puede rechazarlo, corregirlo o modificarlo, pero debe emitir un pronunciamiento expreso dentro del plazo señalado. Esta petición legislativa ciudadana, que tiene que adoptar la forma de un proyecto de ley, ha de presentarse ante la Cámara de Diputados.

El mecanismo permite, así, a un grupo de ciudadanos proponer un tema para su discusión en el Congreso, incorporándolo en la agenda pública, aun cuando los representantes no estén interesados en su discusión³⁵.

Por lo que respecta a la consulta popular, el art. 40 de la Constitución contempla dos figuras: la consulta popular vinculante (referéndum) y la consulta popular no vinculante (plebiscito). En el referéndum (o consulta popular vinculante) el Congreso somete a consulta un proyecto de ley, y el voto afirmativo de la ciudadanía lo convierte en una ley que no podrá ser vetada por el Poder Ejecutivo. En esta consulta, el voto es obligatorio y la ciudadanía se pronuncia sobre la aprobación o el rechazo del proyecto de ley por mayoría. Por su parte, el plebiscito (o consulta popular no vinculante) puede ser convocado tanto por el Congreso como por el Poder Ejecutivo. En este caso, la votación no será obligatoria para el electorado y el objeto de la consulta no tiene que tener forma de ley. Dado que la respuesta de la ciudadanía no es vinculante, la propuesta sometida a plebiscito no debe ser necesariamente adoptada por el convocante.

A su vez, las provincias y municipios también disponen de mecanismos de participación política directa que, en ocasiones, son incluso más amplios que los que están previstos a nivel federal.

Respecto de los mecanismos de control social, la Constitución diseña un sistema con elecciones periódicas y reconoce el derecho al sufragio universal, igual, secreto y obligatorio (art. 37). Sin embargo, los electores

.....
 35 ZAYAT, D. (2016): «Nuevos mecanismos de participación democrática», en R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, t.1, *op. cit.*, p. 1067.

no pueden dar instrucciones vinculantes a sus representantes ni dejar sin efecto sus títulos. La Constitución Nacional no reconoce, por tanto, el referéndum revocatorio y los electores solo pueden rechazar el desempeño de los funcionarios en una nueva elección.

Sin embargo, esto no quiere decir que la sociedad no cuente con otros mecanismos de control del poder político. En la dinámica constitucional argentina, esa función se canaliza principalmente a través del ámbito judicial (dentro de las vías institucionalizadas), en el que puede cuestionarse la validez constitucional de decisiones administrativas e incluso de las leyes dictadas por el Congreso. Desde esa perspectiva, es importante destacar que la Corte Suprema marcó estándares generosos en relación con la amplitud de la legitimación activa, y en tal sentido señaló que cuando «se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno», y que «la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés “especial” o “directo”»³⁶. De esta forma, se habilitó la vía judicial para que la sociedad intervenga en el debate público en aquellos casos en que las decisiones del poder político afecten conceptos neurálgicos del Estado de Derecho.

El Derecho argentino ha pasado de la renuencia respecto de las acciones populares a una creciente aceptación de su ejercicio³⁷, cambio que ha favorecido la participación ciudadana en los asuntos públicos.

Por otra parte, merecen ser destacadas algunas experiencias a nivel provincial y municipal. Particularmente interesante es el caso de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, texto que sí consagra la revocación del mandato (art. 67).

En efecto, sin duda la Constitución histórica de 1853-1860 ofrecía una democracia casi exclusivamente representativa (arts. 1 y 22) que

.....
³⁶ CSJN, *Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro*, 14/04/2015, Fallos 338:249.

³⁷ SAGÜES, N. P. (2028): «Las acciones populares en el derecho nacional argentino: de la renuencia a una incipiente permisividad», JA 2018-I, 957.

desconfiaba de la participación política de las mayorías. Lo cierto es que las posteriores reformas constitucionales (y las interpretaciones de la Corte Suprema) han ido fortaleciendo las distintas dimensiones de la democracia deliberativa y directa.

Personalmente, considero que, más allá de que Argentina es una sociedad movilizadora que participa y reclama sus derechos a través de medios no institucionalizados, los mecanismos de participación que contempla la Constitución no son suficientes ni cuantitativa ni cualitativamente. Como señala Gargarella, la democratización requiere que la ciudadanía decida sobre las cuestiones en juego, que tenga la capacidad cotidiana para intervenir en ese proceso decisorio o para supervisar lo que sus delegados hacen en su nombre³⁸.

En ese sentido, considero que sería necesario fortalecer explícitamente los mecanismos de participación de la democracia deliberativa en el texto constitucional, de tal modo que recoja aquellas herramientas que sirvan para incrementar una cultura de diálogo y control social. El desafío es consolidar una cultura de gobierno abierto que entable una constante conversación con los ciudadanos con el fin de que sean escuchados para tomar decisiones basadas en sus necesidades y preferencias³⁹. Ello implica que esa «conversación» no sea un mero formalismo y que tenga las cualidades necesarias para incidir en las decisiones públicas.

En relación con los mecanismos de democracia directa que contempla nuestra Constitución, tanto la iniciativa legislativa popular como la consulta popular (vinculante y no vinculante) son herramientas valiosas. Sin embargo, han quedado limitadas al plano formal y su implementación ha sido nula, carencia que puede atribuirse a las condiciones exigidas para su ejercicio y a su reglamentación disfuncional, que parece proyectar –paradójicamente– cierta desconfianza en la sociedad. Prueba de ello es, por ejemplo, el art. 39 de la Constitución, que dispone: «No serán objeto de

.....
38 GARGARELLA, R., (2020): *La derrota del derecho en América Latina*, *op. cit.*, p. 46.

39 TOLEDO, P. R. (2019): «Derecho de acceso a la información pública y transparencia activa: un modelo para armar», *op. cit.*, p. 300.

iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal». Por ello, considero que resulta necesario realizar modificaciones institucionales tendientes a la creación de condiciones favorables para la participación ciudadana mediante el fomento de la instrumentación de estas herramientas.

Aunque soy consciente de que las herramientas de democracia directa pueden ser objeto de manipulación y desvalorizar el proceso de debate previo, pienso que son instrumentos capaces de dinamizar la democracia mediante robustecimiento del debate público y el fortalecimiento de los canales de diálogo entre representantes y representados.

En ese marco, es interesante resaltar el impacto que en el ámbito de la participación ciudadana pueden tener las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), configurando un escenario para la participación que es totalmente diferente del que existía hasta hace unas décadas, cuando se gestaron todos los rasgos del sistema representativo que conocemos. Las TIC tienen el potencial para neutralizar una serie de obstáculos que dificultan la participación (tiempo disponible, distancias, extensión demográfica, complejidad y especialización de los asuntos)⁴⁰. Se trata de una transformación revolucionaria que, pienso, reclama una genuina revisión constitucional.

Finalmente, en relación con los mecanismos de control del poder político en manos de la ciudadanía, considero que el diseño constitucional resulta insuficiente y que es necesario instrumentar herramientas concretas para lograr una cultura de control social (*v.gr.* el *referéndum* revocatorio). Sin perjuicio de ello, y sin desconocer las tensiones relacionadas con la independencia del Poder Judicial en Argentina, la vía judicial para el control del poder político ha sido razonablemente eficiente, si bien creo que es necesario profundizar en el desarrollo de mecanismos de justicia dialógica que permitan entablar una «conversación institucional» entre el Poder Judicial y los restantes poderes.

.....
40 JUSTO, J. B. (2020): «La democracia de los posmodernos y las transformaciones del derecho público», *Sup. Adm.* (julio), 1.

5. Justicia constitucional

El diseño constitucional argentino establece la supremacía de la Constitución Nacional (conf. arts. 31, 28 116 y 43 de la Constitución). Para garantizar su eficacia, el diseño institucional prevé el control de constitucionalidad. En la historia Argentina, esa función fue cumplida por el Poder Judicial, pero no por mandato expreso de la Constitución histórica (1853-1860), sino por la construcción jurisprudencial⁴¹ y legislativa, que se inspiró en la experiencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América inaugurada en *Marbury vs. Madison* (1803).

De todas formas, cuando el art. 116 de la Constitución dispone que el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir «todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución», está indicando tácitamente que debe aplicar la Constitución e inaplicar el Derecho que la contravenga. El precepto sienta las bases mínimas del régimen argentino de control de constitucionalidad, desplegado después por la jurisprudencia y la legislación del país⁴². Más allá de lo señalado, a partir de la reforma constitución de 1994 el control de constitucionalidad está expresamente atribuido al Poder Judicial; así lo establece del art. 43 de la Constitución Nacional cuando regula la figura del «amparo».

Si bien todos los jueces del Poder Judicial pueden ejercer el control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en pleno es el «guardián e intérprete final de la Constitución»⁴³. Es decir, no existe un Tribunal Constitucional específico ni una Sala Constitucional: todos los miembros de la CSJN (actualmente, cinco integrantes) participan en las decisiones relativas al control de constitucionalidad.

Cabe agregar que otros órganos también pueden realizar el control de constitucionalidad. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo cuando veta un

.....
 41 La doctrina del control de constitucionalidad en Argentina se remonta a 1887 (conf. CSJN, *Sojo, Eduardo vs. Cámara de Diputados de la Nación*, 22/09/1887, Fallos 32:120).

42 SAGÜÉS, N. P. (2017): *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 86.

43 CSJN, *Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros vs. PEN*, 17/12/1997, Fallos 320:2851.

proyecto de ley, el Congreso cuando deroga leyes que reputa inconstitucionales, etc.⁴⁴.

En la organización constitucional argentina, el control de constitucionalidad está a cargo del Poder Judicial en general. Se trata, por tanto, de un control de constitucionalidad difuso, lo que implica que todos los jueces y juezas, sin distinción de jerarquía, fuero o jurisdicción, cuentan con la autoridad para ejercerlo. Ello incluye a los jueces provinciales (de cualquier instancia)⁴⁵, quienes también se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad con el mismo alcance que los jueces nacionales, es decir, pueden declarar la inconstitucionalidad de normativa nacional. Naturalmente, el ejercicio de un control judicial de constitucionalidad tan diseminado solo debe practicarse si los jueces son competentes en el caso concreto, en función del grado, materia, valor, turno, etc.

Cabe aclarar que, si bien todos los jueces y juezas se encuentran habilitados para realizar el control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete final de la Constitución, ha extendido el valor de su propia jurisprudencia dándole efecto vinculante, aunque condicionado. Ese condicionamiento se concreta en el hecho de que los jueces y juezas pueden apartarse del criterio de la CSJN y brindar nuevos argumentos que justifiquen la modificación del criterio interpretativo fijado por aquella⁴⁶.

No obstante, siguiendo el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el fallo *Gelman* ²⁴⁷, la CSJN dispuso que el control de constitucionalidad se lleve a cabo de forma complementaria con el control de convencionalidad⁴⁸, lo que sin

.....

44 SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 98-99.

45 CSJN, *Strada, Juan L.*, 08/04/1986, Fallos 308:490.

46 CSJN, *Lloyds Bank -BLSA- Limited vs. Okecki, Juan J.*, 19/10/1995, Fallos 318:2060.

47 Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 88.

48 CS, Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra vs. Ejército Argentino, 27/11/2012, Fallos 335:2333.

duda ha impulsado el seguimiento de las interpretaciones que realiza el tribunal interamericano⁴⁹ sobre el significado y alcance de las normas que integran los instrumentos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La Constitución Nacional contempla distintos procesos constitucionales, entre los que cabe mencionar el hábeas corpus, el hábeas data y el amparo (art. 43). En estos marcos el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva (art. 43). También prevé expresamente los procesos colectivos (arts. 41 y 42) y el recurso extraordinario federal (art. 116). Entre sus finalidades figura garantizar la supremacía de la CSJN y ha sido el más importante vehículo procesal para realizar el control máximo de constitucionalidad estimulando la intervención de la Corte Suprema.

Por otra parte, la dinámica judicial argentina también autoriza una acción declarativa de inconstitucionalidad cuyo fundamento normativo se encuentra en el art. 322.1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es decir, cuenta con sustento infraconstitucional, dado que a través de este instrumento también puede declararse la inconstitucionalidad. Este panorama da cuenta la amplitud del control de constitucionalidad en Argentina, no solo porque el sistema prevé el control difuso, sino también porque autoriza la articulación de la pretensión de inconstitucionalidad por vía de acción, excepción (incidental) y recurso e incluso de oficio. En otros términos: todos los jueces y juezas ejercen control de constitucionalidad en los procesos judiciales de cualquier naturaleza (amparos, juicios ejecutivos, procesos civiles ordinarios, procesos penales, laborales, etc.).

El límite al control de constitucionalidad argentino viene dado por el hecho de que se trata de un control concreto (al menos en el orden federal). Ello implica que su activación requiere la existencia de un agravio o perjuicio cierto, actual o inminente en un afectado; por ello, no procede para custodiar bienes o valores en abstracto como por ejemplo,

.....

49 Véase, por ejemplo: CS, *Duarte, Felicia s/ recurso de casación*, 05/08/2014, Fallos 337:901.

la mera defensa de la legalidad constitucional o la buena marcha de las instituciones⁵⁰.

En este sentido, resulta preciso aclarar que en Argentina la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo tiene efectos en la causa donde se declara y que no deroga la norma reputada inconstitucional, es decir, carece de efectos *erga omnes* (invalidación) y solo opera en el caso concreto o *inter partes* (inaplicación).

En la organización constitucional argentina, el control de constitucionalidad tiene un efecto reparador de las normas, en la medida en que no existe control judicial preventivo (ni obligatorio ni voluntario)⁵¹. Sin embargo, en relación con los hechos y los actos, el control de constitucionalidad es mixto y puede ser reparador o preventivo. Ejemplo de ello es la función preventiva que la Constitución otorga al amparo.

Tampoco existe un control de constitucionalidad previo respecto de los tratados internacionales, más allá de que el Congreso puede verificar su compatibilidad con la Constitución previamente a su aprobación.

Asimismo, en Argentina no existe un control de constitucionalidad posterior obligatorio de leyes, decretos-leyes, etc. Sin embargo, y teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad es «concreto», debemos destacar que en los últimos años la Corte Suprema impulsó un control oficioso de constitucionalidad de las leyes que resultan aplicables al caso concreto⁵².

Personalmente, mi opinión sobre la organización constitucional argentina del control de constitucionalidad es muy positiva. La construcción

50 SAGÜÉS, N. P. (2017): *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 87.

51 Sin embargo, debemos mencionar que el Poder Ejecutivo Nacional, mediante Decreto 635/2020, conformó un Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público que debía analizar –entre otros asuntos– la incorporación de consultas no vinculante a la Corte Suprema, por parte de diversos órganos de gobierno, respecto a la constitucionalidad de proyectos de ley, aprobación de convenios o tratados, reglamentos del PEN u otros instrumentos normativos. Sin perjuicio de ello, en la actualidad (enero del 2021) esa consulta no está habilitada.

52 CS, Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra vs. Ejército Argentino, 27/11/2012, Fallos 335:2333.

del control de constitucionalidad ha sido el fruto de la creación judicial y su interpretación de la Constitución. Por ello, su evolución ha sido paulatina y cada «sedimento» de su actual composición responde a la evolución y las necesidades de la cultura jurídica inserta en la singularidad de la sociedad argentina. Se trata, por tanto, de un sistema decantado por el dinamismo de la realidad.

En ese esquema, las reformas constitucionales no han funcionado como mecanismos de revisión del control de constitucionalidad (las principales variaciones han sido fruto de los fallos de la CSJN), no han marcado los alcances del control de constitucionalidad ni han señalado el camino a seguir. La excepción, sin duda, es el impacto que tuvo en el control de constitucionalidad la incorporación –con jerarquía constitucional– de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22) en la reforma constitucional de 1994.

Concuerdo con la idea de que todo el Poder Judicial ejerza el control de constitucionalidad. Si bien comprendo los beneficios de que exista con un órgano especializado, prefiero las ventajas que ofrece un control de constitucionalidad difuso (al menos en Argentina), dado que considero que imprime mayor dinamismo en la interpretación constitucional y que su desconcentración dificulta al poder político obtener un control sobre los márgenes constitucionales. Por su parte, el funcionamiento de un control de constitucionalidad difuso se articula mejor con el control de convencionalidad, ya que todo órgano judicial es competente para ejercer simultáneamente el control de convencionalidad y constitucionalidad.

Desde esa perspectiva, me parece acertada la amplitud que ofrece el control de constitucionalidad argentino: cualquier juez o jueza puede, de oficio, declarar la inconstitucionalidad de una norma en el marco de un proceso judicial, cualquiera que sea su naturaleza. También considero adecuado que la Corte Suprema implemente mecanismos compatibles con un abordaje dialógico e inclusivo de los conflictos constitucionales (audiencias públicas, publicidad de las decisiones, sentencias exhortativas tendientes a iniciar un proceso de diálogo, etc.) que permitan la

participación de la sociedad en un proceso de interpretación continuo (horizontal y policéntrico)⁵³, aunque creo que es necesario profundizar en esas prácticas.

Sin embargo, estimo que sería conveniente modular el requisito de «causa» o «asunto» judicial (relativo al control concreto de constitucionalidad), dado que en ocasiones se restringe demasiado su concepto, equiparándola a caso contencioso, contradictorio o litigioso⁵⁴ cuando, al menos desde mi punto de vista, su concepto debe ser interpretado con mayor laxitud para facilitar que el control de constitucionalidad alcance también a ciertos supuestos en los que no existe un perjuicio directo, dependiendo, naturalmente, de la amplitud de los intereses en juego.

En relación con lo dicho, también considero que debería implementarse una vía –de carácter excepcional– para la declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos *erga omnes*, es decir, *extra partes* (invalidación), un mecanismo de carácter derogatorio cuya competencia corresponda directamente de la Corte Suprema –que, a mi criterio, debería declarar en cada supuesto el alcance la inconstitucionalidad (inaplicación al caso concreto o invalidez con efecto *erga omnes*)–. Ello evitaría la necesidad de efectuar un planteo similar en cada proceso judicial a pesar de que su validez constitucional no dependa del contexto fáctico al que se aplique. A su vez, y más allá de la actual existencia de la figura del recurso *per saltum* (art. 257 bis del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), la intervención directa de la Corte Suprema impediría demoras prolongadas en ciertos casos que presentan urgencia institucional.

.....
53 ELFMAN, J. (2016): «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad», en R. Gargarella y S. Guidi (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, t. 1, *op. cit.* pp. 54-60.

54 BIDART CAMPOS, G. (1998): *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, *op. cit.*, p. 365.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

La CSJN presenta una nítida base iusnaturalista en lo que respecta a los derechos constitucionales, con una mixtura ideológica compuesta por ideales liberales-individualistas y principios del Estado social de derecho.

Además, la reforma constitucional de 1994 atribuyó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22) que permiten ampliar los derechos protegidos constitucionalmente a favor de las personas. Desde esa perspectiva, podría decirse que la CSJN recoge todos los aspectos relevantes sobre derechos humanos.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la Constitución consagra explícitamente el principio de igualdad, señalando que todos los habitantes de la nación «son iguales ante la ley» (art. 16). Si bien este reconocimiento parece reflejar únicamente el principio de igualdad formal, también existen normas que mandatan la actuación del Estado para remover los obstáculos estructurales que limitan de hecho la igualdad en procura de una igualdad real, por ejemplo, a través de acciones positivas (arts. 37, 75, inc. 19 y art. 75, inc. 23). Por su parte, la incorporación de distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos propicia la recepción en el ordenamiento doméstico de los estándares internacionales sobre los principios de igualdad y no discriminación.

Si bien el derecho a la dignidad humana no está explícitamente mencionado en el texto de la Constitución, la Corte Suprema declaró que es uno de los derechos constitucionales no enumerados comprendido en el art. 33 de la Constitución (una cláusula abierta que reconoce derechos implícitos⁵⁵), y señaló que aquel derecho exige que las necesidades de las personas sean satisfechas con decoro para garantizar la realización de las personas⁵⁶ y procurarles una vida digna.

Finalmente, la Constitución reconoce una amplia cobertura del derecho a la libertad (arts. 14, 32 y 75 inc. 19) en sus diferentes dimensiones

.....

55 Al amparo del art. 33 de la Constitución, la Corte Suprema incluyó derechos claves para el Estado de derecho.

56 CSJN, *Sesean, J. B. vs. Zaks de Sesean, A. M.*, 27/11/1986, Fallos 308:2268.

(ambulatoria, de expresión, de pensamiento, de conciencia y de culto, de asociación, de reunión, etc.).

La Constitución argentina reconoce derechos de distinta naturaleza: a) civiles y políticos; b) económicos, sociales, culturales y ambientales; y c) colectivos.

Entre los primeros, cabe mencionar el derecho a la vida (art. 29), a la dignidad (art. 33), al honor (art. 29), a la integridad física (art. 33), a la propiedad (art. 17), al nombre (art. 33), a la nacionalidad (arts. 8 y 75, inc. 12), a la libertad –en sus distintas dimensiones (arts. 14, 32 y 75 inc. 19)–, a la intimidad (art. 19), a la igualdad (arts. 16 y 75, incs. 17 y 23), al acceso a la justicia y el debido proceso (arts. 14 y 18), al sufragio (art. 37) y a formar partidos políticos (art. 38), entre otros.

Entre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, identificamos el derecho a la educación (art. 14 y 75, inc. 19), a la salud (art. 33), al trabajo y a ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 bis), a la protección, seguridad y formación en el trabajo (arts. 14 bis y 75, inc. 19), a organizarse sindicalmente (art. 14 bis), a llevar adelante huelgas (art. 14 bis), al seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles (art. 14 bis) y a una vida digna (art. 14 bis); también se reconoce el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras (art. 41).

Respecto de los derechos colectivos, más allá de que también resulta posible incluir en esa categoría al derecho a un medio ambiente sano (art. 41), destaca la protección a los consumidores y usuarios de bienes y servicios (art. 42). La Constitución dispone que se podrá interponer un recurso de amparo contra «cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general». En el ámbito judicial, estas normas han permitido un intenso desarrollo conceptual respecto a los procesos colectivos⁵⁷.

.....

A todo ello corresponde agregar los derechos emergentes de instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

La Constitución argentina también prevé tratamientos particulares a grupos en situación desaventajada. La expresión más clara de ello se refleja en el tratamiento de los pueblos indígenas, a los que se reconoce su preexistencia étnica y cultural y se garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la personería jurídica de sus comunidades, la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, la participación en la gestión de sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten (art. 75, inc. 17)⁵⁸.

A su vez, la Constitución dispone que el Congreso legisle y promueva acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular en lo que respecta los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23).

Un ejemplo concreto de las medidas de acción positiva es del derecho político a ser elegido. En ese sentido, la Constitución dispone que la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará mediante acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral (art. 37).

Respecto de este tema, también debe tenerse en cuenta la incorporación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), que prevén tutelas diferenciadas a favor de grupos desaventajados (*v.gr.* la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención sobre los Derechos del Niño).

La Constitución argentina establece un procedimiento complejo incorporar instrumentos internacionales sobre derechos humanos, dado

.....

⁵⁸ Todo ello sin perjuicio de que las provincias puedan, a su vez, ampliar los derechos de los pueblos indígenas bajo su jurisdicción.

que atribuye al presidente la facultad de concluir y firmar tratados (art. 99, inc. 11). Sin embargo, corresponde al Congreso «aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede» (art. 75, inc. 22). En efecto, la facultad de negociar y concluir tratados reside en el Poder Ejecutivo, pero su incorporación definitiva la decide el Poder Legislativo, que tiene solo dos alternativas, aprobar o desechar, excluyendo la posibilidad de modificar el texto de los instrumentos.

En relación con la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la Constitución contempla un sistema complejo y dinámico. La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los siguientes instrumentos internacionales: a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b) la Declaración Universal de Derechos Humanos; c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos; d) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; e) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo; f) la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; g) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; h) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; i) la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y j) la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22).

Sin embargo, el sistema también es dinámico, dado que la propia Constitución dispone: «Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional» (art. 75, inc. 22). Con base en ese mecanismo, en la actualidad se han agregado a la lista original de instrumentos con jerarquía constitucional otros tres instrumentos sobre derechos humanos: la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, la Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y lesa humanidad y la “Convención sobre los Derechos de las

Personas con Discapacidad⁵⁹, incorporación que implica la adjudicación al Congreso de una atribución tácita de reformar (ampliar) la Constitución a través de un procedimiento especial. De esa forma, la Constitución Argentina pasó a ser relativamente rígida.

Los demás instrumentos sobre derechos humanos, que no tienen jerarquía constitucional porque no están mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución y que no adquirieron esa jerarquía a través del mecanismo señalado, tienen «jerarquía superior a las leyes» (art. 75, inc. 22).

La Constitución ofrece, por tanto, una pirámide normativa singular, dado que en su cima se encuentra la Constitución, a la que se le agregan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en el artículo citado y los que la obtuvieron o pudieran obtenerla por vía del mecanismo señalado –lo que conforma el denominado «bloque de constitucionalidad»–. En un peldaño inferior se encuentran los demás instrumentos internacionales ratificados por la Argentina y, por debajo de ellos, las leyes. En suma, todos los instrumentos internacionales están por encima de las leyes, pero solo algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional⁶⁰.

Si bien la Constitución no hace referencia explícita a la jerarquía de la costumbre y los principios internacionales en materia de derechos humanos, es natural equiparar su jerarquía a los tratados⁶¹.

La Constitución argentina prevé distintos mecanismos de protección de derechos. Entre ellos destaca la consagración de la figura del amparo como una «acción expedita y rápida» oponible «contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma

.....

59 A la vez que existen proyectos que persiguen otorgar jerarquía constitucional a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

60 ABREGÚ, M. (2004): «La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción», en M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1ª reimp., Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 14 y ss.

61 Es interesante la aplicación que realiza la CSJN de la costumbre y principios internacionales en *Mazzeo, Julio*, 13/07/2007, Fallos 330:3248.

actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley» y a través de la cual «el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva» (art. 43).

La Constitución recoge simultáneamente la figura del amparo colectivo para la tutela del ambiente, la competencia, al usuario y consumidor, así como de los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43).

Otra versión del amparo consagrada en la Constitución es el denominado hábeas data, que permite a toda persona interponer una acción «para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos» (art. 43).

El hábeas corpus también está reconocido en la Constitución, que señala que esa vía procederá cuando «el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o, en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas» y añade que la acción de «hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio» (art. 43).

En términos generales, el diseño de la Constitución Argentina en materia de derechos fundamentales y principios constitucionales es solvente, y se caracteriza por un amplio reconocimiento de derechos. En ese sentido, la Constitución recoge los aspectos claves sobre derechos humanos. Si bien en la Constitución histórica se puso énfasis en los derechos típicos del ideal liberal-individualista (libertad, propiedad privada, etc.), la reforma constitucional del año 1994 reforzó los ideales del Estado social de Derecho mediante la consagración de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a los que atribuyó jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

Desde esa perspectiva, interpreto que la Constitución Nacional reconoce una amplia gama de derechos y permite a la sociedad reclamar su vigencia, sin perjuicio de las tensiones que se presentan en la realidad y las dificultades estructurales que suelen concretarse en el ámbito judicial en relación con ciertos derechos⁶².

En ese marco, también quisiera destacar que el diseño constitucional argentino posterior a la reforma de 1994 ofrece una cobertura específica y solvente para tutelar de derechos o bienes colectivos –o aquellos cuyo ejercicio involucre necesariamente aspectos colectivos– con normas que disponen la existencia de vías procesales que permiten garantizar la efectividad de derechos que, por su naturaleza o amplitud de impacto, demandan una solución colectiva (art. 41, 42 y 43). Sin embargo, el Congreso Nacional no ha dictado los instrumentos legales que regulen con precisión los alcances y contornos de los procesos colectivos. Esa situación obligó a la Corte Suprema a dictar pronunciamientos⁶³ y acordadas⁶⁴ para suplir esa omisión legislativa.

La reforma de 1994 también impulsó un diseño constitucional que prevé una adecuada cobertura de tutelas especiales a grupos desaventajados y contempla medidas de acción positiva a favor de mujeres, niños y niñas, personas mayores, pueblos indígenas, personas con discapacidad, consumidores, etc. (arts. 37, 42, 43 y 75, incs. 17, 22 y 23, entre otros) con el objetivo impulsar políticas públicas tendientes a lograr igualdad real en la sociedad. Ese enfoque constitucional promovió a su vez el dictado de normativas a favor de otras minorías (*v.gr.* cupo laboral para la comunidad LGBT⁶⁵). Desde esa perspectiva, y más allá de que se trata de transformaciones sociales y culturales cuya consolidación requiere tiempo, la Constitución refleja un enfoque tuitivo respecto a los grupos que padecen

.....

62 GARGARELLA, R. (2020): *La derrota del derecho en América Latina*, op. cit., pp. 25-37.

63 CSJN, *Halabi, Ernesto vs. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04, 24/02/2009*, Fallos 332:111.

64 Acordadas n° 32/2014 y 12/2016.

65 Decreto n° 721/2020, del 3 de septiembre del 2020.

una discriminación estructural que se ha traducido en fallos ejemplares en esas materias⁶⁶.

Muchos de los enfoques tuitivos que ofrece la Constitución para garantizar derechos, contaron con el impulso de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que, como ya he señalado, fueron incorporados en la reforma de 1994 con una alta jerarquía en la pirámide normativa argentina (algunos con jerarquía constitucional y otros con jerarquía inferior pero superior a las leyes nacionales –art. 75, inc. 22–). Por ello, considero que fue un acierto la decisión de incorporar esos instrumentos (a pesar de las controversias que giraron sobre ello) y jerarquizarlos en la dinámica jurídica argentina fue un acierto.

En ese sentido, interpreto que la Constitución contempla una regulación adecuada para incorporar instrumentos internacionales sobre derechos humanos e incluso otorgarles jerarquía constitucional a través de mayorías especiales del Congreso. Como vimos, el mecanismo de jerarquización permite ampliar el ámbito de protección de los derechos constitucionales sin que sea necesario activar un complejo proceso de reforma constitucional, lo que a mi juicio le confiere un adecuado nivel de dinamismo.

Esa jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos permitió que este adquiriera un significativo predicamento en la dinámica judicial argentina y fuera decididamente impulsado por la doctrina del control de convencionalidad elaborada por la Corte IDH⁶⁷, que se tradujo en la incorporación de principios y estándares internacionales en materia de derechos humanos. Incluso. Más allá de la existencia de avances y retrocesos, el Estado argentino, e incluso la CSJN, se han comportado responsablemente en el cumplimiento de los pronunciamientos de la Corte IDH⁶⁸.

.....

66 CSJN, *Comunidad Indígena Eben Ezer vs. Provincia de Salta*, 30/09/2008, Fallos 331:2119.

67 TOLEDO, P. R. (2017): *El proceso judicial según los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, pp. 269-303.

68 CSJN, *Espósito*, 23/12/2004, Fallos 327:5668; *Derecho*, René, 29/11/2011, La Ley 2011-F, 633; Sentencia del 14/02/2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, 368/1998(34-M)/CS1.

Los mecanismos de protección constitucional, el reconocimiento constitucional del amparo (individual y colectivo), el hábeas data y el hábeas corpus brindan una adecuada cobertura a nivel constitucional. Sin embargo, el amparo ha experimentado un derrotero conflictivo y adolece de ciertas insuficiencias, dado que su originaria creación pretoriana (1957)⁶⁹ sufrió una fuerte regresión con la Ley n° 16.986 (1966). Si bien la reforma constitucional de 1994 consagró y perfiló un amparo fortalecido, el Congreso todavía no ha dictado una ley que sustituya la Ley n° 16.986, lo que impide gozar de una legislación moderna y eficiente. Sin duda, esta circunstancia impacta negativamente en el funcionamiento y la práctica del amparo, que ha perdido cotización en la dinámica judicial y necesita urgentemente una renovación inteligente y adecuada a los valores constitucionales⁷⁰.

.....
⁶⁹ CSJN, *Siri, Ángel S.*, 27/12/1957, Fallos 239:459 y *Samuel Kot SRL*, 05/09/1958, Fallos 241:291.

⁷⁰ TOLEDO, P. R. (2017) «El amparo como vía rápida y sencilla: restricciones a los planteos durante su trámite», *JA-III*, 997.

■ **BOLIVIA**

José Antonio Rivera S.*

Uno de los principales problemas que tuvieron –y que aún tienen– los Estados latinoamericanos es la fragilidad del Estado de Derecho, déficit motivado por el hecho de que su construcción no fue democrática ni pacífica; por el contrario, desde su nacimiento a la vida republicana enfrentaron, unos más que otros, conflictos internos que provocaron inestabilidad política e institucional. Estos conflictos tuvieron su origen en las exclusiones y marginaciones por razones étnicas, raciales y culturales, de género y generacionales, así como en la inequitativa distribución de la riqueza social, que causó una pobreza extrema. Todos estos fenómenos constituyen una lamentable y grave violación de derechos humanos que han generado y generan altos niveles de disenso social, pues allá donde no se respetan derechos humanos no hay paz ni tranquilidad.

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

Bolivia fue y es uno de esos países cuya historia republicana viene marcada por la inestabilidad política e institucional causada por constantes golpes de Estado, alzamientos armados protagonizados por militares o cívico-militares, que instauraron regímenes *de facto* que vulneraban los principios del Estado democrático de Derecho y proscibieron la Constitución, impidiendo el desarrollo de un Estado de Derecho sólido.

En ese contexto de inestabilidad política e institucional, la Constitución no tuvo una vigencia material, y menos aún cumplió su función primordial de limitar el ejercicio del poder político y de lograr la estabilidad social, política y económica; no mereció el respeto, la consideración y el acatamiento como la ley suprema del ordenamiento jurídico del Estado por parte de quienes, a su turno, ejercieron el poder político y asumieron el Gobierno. Al contrario, fue invocada solo en la medida en que respondía a los intereses de los detentadores circunstanciales del poder o de aquellos que tomaban el poder por la fuerza de las armas, pero en cuanto la Constitución se oponía a sus intereses, era simplemente ignorada, vulnerada o, en su caso, reformada.

Desde su adopción el 19 de noviembre de 1826 hasta el presente, la Constitución ha sido objeto de 21 reformas que, en la mayoría de los casos, fueron realizadas sin respetar el procedimiento previsto por la propia Constitución y sin la debida legitimidad democrática¹. Las reformas constitucionales se llevaron a cabo en los siguientes años: 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1899; 1905, 1931, 1938, 1945, 1947, 1961, 1967, 1994, 2004, y 2009².

.....
 1 Entre los años 1826 a 1952 se aplicó el sufragio censitario, el sufragio calificado y el sufragio familiar para la elección de los mandatarios y representantes nacionales como los legisladores o miembros de la Asamblea Constituyente. De este modo, se excluyó a los sectores sociales mayoritarios como las mujeres, los analfabetos, las personas que no tenían una determinada propiedad o un ingreso anual que alcanzase el monto determinado por el organismo electoral; por todo ello, el ejercicio del poder constituyente tuvo una titularidad autocrática.

2 La Asamblea Constituyente se constituyó el 6 de agosto de 2006 con la misión de realizar una reforma total de la Constitución. En diciembre de 2007 se aprobó el texto de la Constitución reformada, mismo que, por previsión de la Ley

Uno de los objetivos centrales de algunas reformas constitucionales fue la adopción de un modelo de Estado acorde con la realidad social, política, económica y cultural vigente en cada momento histórico. Al respecto, es posible identificar diversas tendencias que, convencionalmente, se podrían detallar de la siguiente forma: la configuración del Estado legislado de Derecho demo-liberal; la articulación del Estado social de Derecho; la institucionalización del Estado social y democrático de Derecho; y la construcción del Estado constitucional de Derecho, plurinacional y comunitario.

En el presente trabajo se realiza un análisis descriptivo del sistema constitucional del Estado boliviano diseñado mediante la reforma constitucional aprobada entre los años 2006 y 2009, y configurado en la Constitución vigente. El análisis abarca a algunos elementos centrales del sistema constitucional.

Las reformas constitucionales realizadas entre los años 1994 y 2004 no lograron superar la crisis estructural que el Estado boliviano venía arrastrando, lo que dio lugar a graves conflictos sociales que culminaron con la renuncia de los presidentes Gonzalo Sánchez de Lozada y Carlos Mesa Gisbert. La salida a la referida crisis fue la activación del Poder Constituyente reformador con la finalidad de adoptar un nuevo pacto social y político de inclusión que, superando la exclusión y marginación de amplios sectores sociales, permitiera fijar las normas básicas de convivencia pacífica y construcción democrática de la sociedad.

Ese ejercicio del Poder Constituyente reformador se produjo en un contexto caracterizado por:

- a) Una crisis de legitimidad, de credibilidad y de respeto del Estado por el ciudadano debido a la excesiva centralización del ejercicio del poder político que ha alejado al Estado del ciudadano.

.....

de convocatoria a la Asamblea, debió ser aprobada por los ciudadanos y ciudadanas mediante referendo constitucional aprobatorio. Debido a los conflictos políticos internos, la aprobación ciudadana se produjo el 25 de enero de 2009, de manera que el presidente del Estado promulgó la nueva Constitución el 7 de febrero de 2009.

- b) Una aguda crisis de legitimidad, credibilidad y representatividad de los partidos políticos motivada por la falta de prácticas democráticas en su organización y funcionamiento internos, así como por prácticas prebendales y corruptas en el ejercicio del poder político.
- c) Una crisis económica caracterizada por elevados índices de pobreza e indigencia, y de desocupación asociada a la carencia de fuentes de empleo, los bajos niveles salariales y un ingreso per cápita por debajo de la media.
- d) La sistemática lucha reivindicativa de los pueblos indígenas originarios orientada a reclamar su integración material en el sistema constitucional y el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación.
- e) El resurgimiento de los sectores y actores sociales organizados, como los pueblos indígenas originarios, los productores cocaleros, los profesionales de la educación, los mineros, los fabriles, los universitarios y los gremiales demandando: i) la «recuperación de los recursos naturales para el Estado» a través de la reversión de las concesiones de exploración, explotación y comercialización de hidrocarburos, minerales, recursos forestales y otros, concedidas a empresas privadas extranjeras o nacionales; ii) la recreación de las empresas estatales para incorporarse al circuito productivo; iii) el control estatal del sector productivo; iv) la redistribución de la tierra improductiva, especialmente en el oriente boliviano; v) la lucha frontal contra la corrupción; vi) la integración material de los pueblos indígenas originarios en el sistema constitucional mediante el reconocimiento de su derecho de autodeterminación; y vii) la redistribución equitativa de la riqueza social.
- f) La aparición de los movimientos cívicos departamentales organizados para demandar una mayor descentralización política y administrativa que concluya en la adopción de un modelo de Estado autonómico a partir del reconocimiento de las autonomías departamentales.

La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente y referendada por el pueblo refleja una nueva tendencia, tanto en lo que respecta a la configuración del Estado y su sistema constitucional, cuanto en lo que atañe al constitucionalismo en el que se sustenta. Respecto a la primera dimensión, con base en el objetivo de descolonizar el Estado para construir una sociedad de iguales, el texto constitucional propone un modelo de organización política, social, económica y cultural muy particular que, a pesar de incluir elementos del constitucionalismo clásico y el constitucionalismo contemporáneo, no se encuadra en los cánones ni en los moldes de la teoría constitucional y la teoría política; la Constitución configura un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, definiendo la plurinacionalidad como una matriz para la estructura económica, política, social e institucional del Estado. Con relación a la segunda vertiente, con la finalidad de abrir un nuevo momento epistemológico, la nueva norma suprema se aparta de los cánones del constitucionalismo clásico y del constitucionalismo contemporáneo continental, constituido bajo la influencia de los movimientos constitucionales europeos, y plantea el reto de construir un nuevo constitucionalismo de la inclusión y la democracia participativa comunitaria que se constituya en el sustento teórico doctrinal de una nueva Constitución entendida como instrumento de la descolonización y el cambio, la pluralidad para la construcción de una sociedad de iguales, la reivindicación y la inclusión social.

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

El artículo 1º de Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009 caracteriza a Bolivia como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; fundado en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

Respecto a la distribución territorial del poder político, si bien mantiene el modelo de Estado unitario, la Constitución introduce un

régimen de descentralización bajo la modalidad de autonomías, creando a tal efecto las Entidades Territoriales Autónomas³, a las que les reconoce la capacidad de elección de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y de acuerdo con las competencias asignadas por la Constitución⁴.

Con relación a la formulación de las políticas públicas y el manejo de la economía, se adoptó el modelo de Estado social, lo que significa que el papel del Estado no debe limitarse a mantener el orden público y no interferir ni vulnerar las libertades de las personas, sino principalmente a contrarrestar las desigualdades sociales existentes y ofrecer a todos los nacionales las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y satisfacer las necesidades materiales.

Por lo que respecta al principio de gobernanza, se adoptó el modelo de Estado constitucional de Derecho: la actividad estatal se rige, pues, por un ordenamiento jurídico que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. El poder político se ejerce sobre la base del principio de separación de poderes, la independencia de los órganos de poder y el sistema de pesos y contrapesos para racionalizar el ejercicio del poder político (art. 12). Asimismo, se adoptan mecanismos de control y fiscalización del ejercicio del poder político al objeto de racionalizarlo sobre la base del control de constitucionalidad y el control de legalidad, objetivo para cuya consecución se reconoce y garantiza la independencia judicial.

.....
 3 El artículo 6.II.1 de la Ley N° 031, Ley Marco de Autonomías y Descentralización, define a la Entidad Territorial Autónoma de la siguiente forma: «[e]s la institucionalidad que administra y gobierna en la jurisdicción de una unidad territorial, de acuerdo a las facultades y competencias que le confieren la Constitución Política del Estado y la ley».

4 Según la norma prevista por el art. 272 de la Constitución, «[l]a autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones».

En lo referido a la estructura social y cultural, se adoptó el modelo de Estado Plurinacional, término que hace referencia a la organización política, social y jurídica del Estado sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originarios bajo una misma Constitución y un solo Gobierno estatal, pero reconociendo a esas naciones su territorio propio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, así como competencias administrativas, económicas y culturales; ello que implica que en este modelo de Estado se parte del concepto político, no solo cultural, de nación; podría, por tanto, concluirse que se trata de un Estado compuesto o asociado similar a un Estado federal o autonómico, y ya no de un Estado uninacional.

Con relación a los sistemas de inclusión e institucionalización estatal de las estructuras sociales con una capacidad de participación efectiva en el ejercicio del poder político, la Constitución adoptó el modelo de Estado Comunitario. Se trata de un diseño estatal que institucionaliza la fuerza participativa de las colectividades sociales: sindicatos, gremios, movimientos sociales, comités cívicos, como un segundo circuito de la institucionalidad democrática; de manera que «[...] esas organizaciones, en lugar de ir por fuera de las instituciones, se canalicen en las propias instituciones», convirtiéndose «[...] en un nivel de consulta para tratar asuntos estratégicos del país con estas organizaciones sociales de manera institucionalizada», de forma que «[...] la sociedad civil organizada tenga una participación permanente en las grandes decisiones del Estado»⁵.

De acuerdo con el art. 1º de la Constitución, el nuevo modelo de Estado es democrático e intercultural.

El Estado democrático entraña distintas características del régimen político. Por un lado, el hecho de que los titulares del poder público ejercen sus cargos en virtud de la voluntad de los ciudadanos y ciudadanas

.....
5 Los fundamentos glosados han sido extraídos de una entrevista concedida por el vicepresidente de la República, Álvaro García Linera, al matutino *La Prensa* el 21 de febrero de 2007 para explicar el modelo de Estado que proponía el MAS en la adopción de la nueva Constitución.

expresada a través de las elecciones basadas en el sufragio universal. Por otro, que la relación de los ciudadanos y ciudadanas con el poder político no se reduce a la emisión del voto para elegir a sus representantes y gobernantes, sino que también se manifiesta en una participación activa y efectiva en la toma de decisiones políticas trascendentales a través de mecanismos como el referéndum popular y la planificación participativa, así como el control social y la iniciativa legislativa.

El Estado intercultural supone la adopción de un modelo de organización social y política caracterizada por la interacción respetuosa entre las diferentes culturas existentes en su estructura social y basada en el reconocimiento de las diferencias y convergencias entre las personas y grupos, bajo la premisa de que ningún grupo cultural puede situarse por encima del otro, de manera que en esa interacción se busca la integración y convivencia entre culturas en todo momento.

El art. 1º de la Constitución dispone que el Estado Plurinacional de Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

A fin de superar integral y definitivamente la histórica exclusión y marginación social, el art. 3 de la Constitución reformula la definición y articulación de la estructura de la sociedad boliviana en los siguientes términos: «La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano».

La Constitución establece una vinculación de las bolivianas y los bolivianos con el Estado desde la perspectiva social, cultural y jurídica, como es la nacionalidad, y desde la perspectiva política, como es la ciudadanía.

La nacionalidad, entendida como el vínculo social, cultural y jurídico que une a la persona con la nación y el Estado, generándole derechos y obligaciones para con el Estado, por previsión del art. 141 de la Constitución se adquiere por nacimiento o por naturalización; lo que significa que el estado reconoce la nacionalidad de origen, por derecho de suelo y

por derecho de sangre, y la nacionalidad adquirida; sobre esto último, el estado reconoce la nacionalidad plural.

Con relación a la ciudadanía, entendida como el vínculo jurídico-político que une a un individuo con el Estado, por previsión del art. 144.I de la Constitución adquieren la ciudadanía las bolivianas y los bolivianos que cumplen la edad de 18 años.

La ciudadanía está vinculada a la nacionalidad, ya que, con forme a la norma constitucional citada, para adquirir la ciudadanía se requiere tener la nacionalidad boliviana, sea de origen o adquirida.

Para comprender el nuevo modelo de Estado adoptado en la Constitución actualmente vigente, es importante tener presente que el proceso constituyente, iniciado el año 2006 y concluido en febrero de 2009⁶, tuvo que resolver la profunda crisis social, política y económica que enfrentaba el Estado boliviano debido, entre otras, a las siguientes razones: i) la exclusión y la marginación de los pueblos indígenas originarios del sistema constitucional; ii) la pérdida de credibilidad, confianza y respeto de la ciudadanía hacia el Estado generada por la excesiva centralización del ejercicio del poder político asociada al modelo de Estado unitario; iii) la inequitativa distribución de la riqueza social, que generó la concentración de la riqueza en pocas manos, provocando desequilibrios en el desarrollo económico y humano entre las regiones y entre el campo y la ciudad; iv) la crisis del sistema político y el régimen de gobierno democrático representativo y la correlativa pérdida de credibilidad, representatividad y legitimidad de los mandatarios y representantes, así como de los partidos políticos; y v) la profunda crisis del sistema judicial del Estado, caracterizada por el retardo de la justicia; los bajos niveles de acceso al sistema judicial y la acusada injerencia del poder político en la designación de magistrados y jueces, que debilitó la independencia judicial.

.....

6 El proceso constituyente se inició formalmente con la instalación de la Asamblea Constituyente en agosto de 2006 y concluyó con el referendo constitucional aprobatorio celebrado el 25 de enero de 2009, en el que los ciudadanos y ciudadanas aprobaron el nuevo texto de la Constitución con un porcentaje de votos afirmativos del 61.43 %.

El nuevo modelo de Estado constituye una respuesta a la referida crisis social y un intento de cambio orientado a la superación de los problemas estructurales mencionados. Se trata de un intento de aproximar el Estado al ciudadano incorporándolo a la gestión pública través de la descentralización y de superar la histórica exclusión y marginación social de las naciones y pueblos indígenas originarios integrándolos materialmente mediante el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación, el respeto, resguardo y garantía a sus territorios de origen, sus modos de producción, su sistema político y jurídico, su idioma o lengua originaria y su identidad cultural, así como estableciendo las bases para una redistribución equitativa de la riqueza social con el fin de reducir los índices de pobreza y extrema pobreza.

A partir de la afirmación de su carácter plurinacional, el Estado garantiza a las naciones y pueblos indígenas originarios su libre determinación en el marco de la unidad nacional, que se concreta en sus derechos a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales conforme a la Constitución y las leyes (art. 2). Por otro lado, declara a sus idiomas originarios como oficiales del Estado y establece el uso obligatorio de dos idiomas oficiales, uno los cuales es el castellano (art. 5). En el orden político establece ciertas directrices para garantizar su participación en los órganos e instituciones del Estado; así, en la elección de diputados la Constitución prevé la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinos en aquellos departamentos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional al objeto de que elijan a su diputado (art. 146.VII); en la integración del Tribunal Constitucional Plurinacional, los magistrados serán elegidos con criterios de plurinacionalidad con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (art. 197.I); en la conformación del Tribunal Supremo Electoral, al menos dos de los siete miembros serán de origen indígena originario campesino (art. 206.II); en el Gobierno Autónomo Departamental, la Asamblea Legislativa estará conformada por asambleístas departamentales elegidos por votación

popular y por asambleístas departamentales elegidos por las naciones y pueblos indígena originario campesinos de acuerdo con sus propias normas y procedimientos (art. 278.I).

Realizando un análisis crítico del nuevo modelo de Estado, cabe referir que salda una deuda histórica con las naciones y pueblos nativos u originarios, que, al momento de fundar la República de Bolivia, fueron excluidos y marginados de la estructura social, política, jurídica y económica del Estado, que durante los siglos XIX y XX vivieron en una especie de nacionales clandestinas en su propio territorio.

Se trata de un modelo de Estado que integra a su sistema constitucional a esos colectivos humanos excluidos y marginados, reconociendo su derecho a la autodeterminación, lo que supone el reconocimiento a las naciones y pueblos originarios el derecho a la consolidación de sus entidades territoriales, sobre la base del dominio ancestral, de su sistema jurídico, político y económico, además de reconocer su identidad cultural y su lengua materna, en el marco de la unidad del Estado. Con ello, Bolivia cumple los compromisos internacionales asumidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El nuevo modelo de Estado, con afirmación de la identidad cultural y la inclusión social genera un gran desafío, el de construir la unidad de las bolivianas y los bolivianos sobre la base del reconocimiento de la diversidad; pues la cualidad plurinacional significa que las y los bolivianos tenemos diversas raíces y matrices raciales, étnicas y culturales; somos diversos pero debemos vivir unidos. Plasmar ese desafío exige del Estado realizar ajustes profundos en el orden educativo; y de la Sociedad en su conjunto un cambio profundo de comportamiento.

2. Modelo económico

La reforma constitucional realizada por la Asamblea Constituyente y referendada por consulta popular define el modelo económico del Estado boliviano. El art. 306 de la Constitución determina que se trata de una economía plural constituida por las formas de organización económica

comunitaria, estatal, privada y social cooperativa cuya finalidad es mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todos los bolivianos y bolivianas.

El modelo económico se configura sobre la base de los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

La Constitución define la organización económica comunitaria en estos términos: esta comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos, lo que significa que se desarrolla sobre la base de sus usos y costumbres. Esta forma de organización económica recibe especial atención por parte del Estado, que la reconoce, respeta, protege y la promueve a través de incentivos.

La organización económica estatal está constituida, básicamente, por las empresas y otras entidades económicas de propiedad estatal, que, de acuerdo con el art. 309 de la Constitución, cumplirán los siguientes objetivos: administrar los derechos propietarios de los recursos naturales y ejercer el control estratégico de las cadenas productivas y los procesos de industrialización de dichos recursos; administrar los servicios básicos de agua potable y alcantarillado directamente o por medio de empresas públicas, comunitarias, cooperativas o mixtas; producir directamente bienes y servicios; promover la democracia económica y el logro de la soberanía alimentaria de la población; y garantizar la participación y el control social sobre su organización y gestión, así como la participación de los trabajadores en la toma de decisiones y en los beneficios.

La organización económica privada es reconocida, respetada y protegida por el Estado; está constituida por las iniciativas económicas del sector privado, esencialmente empresarial, que se configura sobre la base del principio de libertad de empresa y supone la constitucionalización de la libertad de creación y establecimiento de industria y comercio, que se desarrolla con sujeción a las leyes y a la planificación de la actividad económica general, que está bajo la dirección del Estado y debe convivir con los diversos derechos de carácter socioeconómico de los trabajadores.

Con relación a la organización económica social cooperativa, la Constitución establece que el Estado reconoce y protege a las organizaciones cooperativas como forma de trabajo solidario y de cooperación, bajo la condición de que no persigan fines de lucro, y promueve a las cooperativas de producción.

La Constitución prevé asimismo que, si bien todas las formas de organización económica gozan de igualdad jurídica ante la ley, el Estado asume la dirección y la planificación de la economía. La planificación debe cumplir las siguientes finalidades: la prestacional, que supone atender a las necesidades colectivas; la de fomento, que implica el impulso de la actividad económica para lograr el crecimiento; la «reequilibradora de igualdad material en tres planos»: regional, sectorial e individual; la elaboración de proyectos; y el control social.

Conforme a lo previsto por los arts. 307 al 315 de la Constitución, la economía plural se sustenta en las siguientes bases:

Si bien el Estado reconoce, promueve, respeta y protege las diferentes formas de organización económica, ejerce la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación.

Las acciones de las diferentes formas de organización económica deben orientarse hacia el desarrollo económico, social y el fortalecimiento de la independencia económica del Estado Plurinacional Comunitario.

El Estado reconoce la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, cuyas actividades serán reguladas por la ley; en coherencia con esta previsión, también se reconoce el derecho a la libre asociación empresarial.

El Estado respeta la iniciativa empresarial y garantiza seguridad jurídica en el desarrollo de las actividades empresariales.

El principio de iniciativa pública como contrapartida a la libertad de empresa, en virtud del cual el Estado podrá intervenir en toda la cadena productiva de los sectores estratégicos.

La prohibición del monopolio y el oligopolio privado, así como de cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan controlar en

régimen de exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios; ahora bien, en contrapartida, el Estado puede imponer el monopolio estatal de las actividades productivas y comerciales que se consideren imprescindibles en caso de necesidad pública.

Con relación al régimen tributario del Estado, la Constitución dispone que los mismos serán de dominio nacional, de dominio departamental y de dominio municipal, y que serán constituidos bajo los principios de la legalidad, capacidad económica, la generalidad, igualdad y progresividad. Respecto a las rentas, la Constitución las clasifica en tres categorías: nacional, departamental, indígena originario campesina, y municipal.

Con respecto a la política fiscal del Estado, la Constitución prevé que se regirá por los principios de la previsibilidad del gasto público, la legalidad, la equidad, la eficiencia y la economía.

En relación con los recursos naturales, la Constitución establece que estos son propiedad del pueblo boliviano y que serán administrados por el Estado; determina también que los recursos naturales renovables serán de aprovechamiento exclusivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El Estado asumirá el control y la dirección de la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos. Los hidrocarburos son de propiedad inalienable del pueblo y el Estado ejerce la propiedad de toda su producción y comercialización; asimismo, el Estado es responsable de las riquezas mineralógicas. El Estado también reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica y social; en ese ámbito, dispone que la extensión máxima de propiedad sobre la tierra será de 5.000 hectáreas. Las tierras fiscales serán entregadas a las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, comunidades interculturales originarias, afrobolivianos y comunidades campesinas que no las posean o las posean insuficientemente.

Como puede advertirse, el modelo económico definido por la Constitución combina el Estado regulador y Estado actor económico; ello supone que, de un lado, reconoce, resguarda y protege le economía

privada, comunitaria y social cooperativa; y, de otro, asume la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación y actúa como un actor privado o como prestador de bienes y proveedor de servicios públicos.

La Constitución de 1826 no previó la regulación del régimen económico financiero del Estado; por lo tanto, no definió el modelo económico ni la función y participación del Estado en la economía. Esa falta de definición se mantuvo hasta la tercera década del siglo XX, dado que no fue corregida en las sucesivas reformas constitucionales encaradas durante el siglo XIX.

La falta de definición del modelo económico se debió al modelo de Estado demoliberal adoptado en Bolivia en su nacimiento a la vida republicana, en el que el papel del Estado se limitaba a preservar y resguardar el orden público, dejando al sector privado el manejo de la economía, sistema que generó grandes desigualdades e inequidades en la distribución de la riqueza social.

Bajo el influjo de las ideologías socialistas de Europa y el surgimiento de los movimientos reivindicativos de los trabajadores, se adoptaron los principios del constitucionalismo social. En ese contexto, mediante la reforma constitucional de 1938, se incorporaron a la Constitución los regímenes especiales, entre ellos el régimen económico financiero, se dispuso que el régimen económico debe responder a principios de justicia social⁷, se definieron los bienes de dominio originario del Estado y se facultó a este para regular el ejercicio del comercio y la industria, así como para asumir la dirección superior de la economía nacional.

En las reformas constitucionales realizadas en adelante, 1945, 1947, 1961 y 1967, se mantuvo el principio rector del régimen económico del Estado. La Constitución de 1967 estableció que el régimen económico debe

.....
7 El Artículo 106 de la Constitución de 1938 disponía lo siguiente: «El régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes de una existencia digna del ser humano».

propender al fortalecimiento de la independencia nacional y al desarrollo del país⁸, además de prohibir el monopolio privado y la acumulación privada del poder económico.

En la Constitución vigente no solo se define el modelo económico del Estado, sino que se regula en detalle todo el régimen económico financiero, que abarca la regulación de la intervención del Estado en la economía, las políticas económicas, la política fiscal, la política monetaria, la política financiera, las políticas sectoriales, los bienes y recursos del Estado y su distribución, el medio ambiente, los recursos naturales, la tierra y el territorio, la biodiversidad, la coca, las áreas protegidas y los recursos forestales.

3. Modelo político y sistema de gobierno

En relación con el régimen político de gobierno, la Constitución no lo define de manera expresa, pero puede inferirse que se ha reafirmado el régimen presidencialista a partir del modo en que se organiza el ejercicio del gobierno.

El ejercicio del poder político se articula sobre la base del principio de separación de funciones y la independencia de los órganos de poder, tal y como prevé el art. 12.I de la Constitución⁹. El centro de gravitación política reside en el Órgano Ejecutivo, ejercido por el presidente del Estado, el vicepresidente y los ministros de Estado; y por las atribuciones que el artículo 172 de la Constitución asigna al Presidente del Estado por la Constitución, precepto que concentra las funciones de jefe de Estado, jefe de Gobierno y, adicionalmente, determina que es el jefe del partido político en función de gobierno.

.....
 8 El Artículo 133 de la Constitución de 1967 preveía lo siguiente: «El régimen económico propenderá al fortalecimiento de la independencia nacional y al desarrollo del país mediante la defensa y el aprovechamiento de los recursos naturales y humanos en resguardo de la seguridad del Estado y en procura del bienestar del pueblo boliviano».

9 El Artículo 12.I de la Constitución dispone: «El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos».

El presidente del Estado, por previsión del art. 168 de la Constitución, es elegido por voto popular, sufragio universal, por mayoría absoluta de votos, por lo que no es políticamente responsable ante el Parlamento, sino únicamente ante el pueblo que lo eligió. En consecuencia, el Parlamento no puede destituir al presidente; en contrapartida, este no puede disolver la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En el marco de ese régimen presidencialista, según las previsiones de los arts. 165, y 172 de la Constitución, el presidente del Estado representa al Estado boliviano ante la comunidad internacional. Por lo tanto, asume tanto la dirección de la política externa e internacional del Estado como la máxima Jefatura del Estado, pues es quien propone y dirige las políticas de Gobierno y de Estado, dirige la administración pública y coordina la acción de los ministros de Estado, a quienes designa, remueve o destituye sin ninguna participación o intervención de la Asamblea Legislativa Plurinacional; además, por previsión expresa del art. 176 de la Constitución, uno de los requisitos para ser designado Ministro de Estado es no formar parte de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

Es importante señalar que, si bien es cierto que entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el artículo 156.18) de la nueva Constitución, establece, mediante una redacción imprecisa, que interpelará y censurará a los ministros de Estado y que la censura implicará la destitución de los mismos. No es, por tanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional la que directamente procede a la destitución y, en su caso, ratifica la confianza, sino el presidente como Jefe de Estado. La norma citada no podría interpretarse de otra manera la norma constitucional, ya que, dado que los ministros de Estado son designados por el presidente sin el voto de confianza del Parlamento, no sería coherente que aquellos respondieran políticamente ante este.

Con relación al Órgano Legislativo, cabe señalar que, por previsión del art. 145 de la Constitución, este reside en la Asamblea Legislativa Plurinacional y que está configurado bajo un sistema bicameral. Estará, por tanto, conformado por dos Cámaras, la de senadores y la de diputados. La Cámara de Senadores es el órgano de representación territorial y está

formada por 36 senadores y senadoras, cuyos escaños están distribuidos de manera uniforme por cada Departamento con independencia de su número de habitantes: la asignación es de cuatro senadores por cada Departamento. La Cámara de Diputados es el órgano de representación por población y está formada por 130 diputados; las diputaciones se distribuyeron mediante ley sobre la base del número de habitantes de cada Departamento de acuerdo con el último censo; de conformidad con lo previsto por el art. 146.V de la Constitución, por razones de equidad la ley asignará un número de escaños mínimo a los departamentos con menor población y menor grado de desarrollo económico.

Dado que Bolivia es un Estado unitario descentralizado y territorialmente estructurado en autonomías, la Constitución prevé que los gobiernos de las Entidades Territoriales Autónomas estén constituidos por un Órgano Ejecutivo y un Órgano Legislativo. El artículo 277 de la Constitución establece que el Gobierno Autónomo Departamental contará con una Asamblea Legislativa propia con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa departamental en el ámbito de sus competencias. Por otro lado, el artículo 281 de la Constitución dispone que el Gobierno Autónomo Regional cuente con una Asamblea Regional con facultad deliberativa, normativo-administrativa y fiscalizadora en el ámbito de sus competencias. Por su parte, el Gobierno Autónomo Municipal, cuenta con un Órgano Legislativo que reside en el Concejo Municipal con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa municipal en el ámbito de sus competencias, tal y como dispone el art. 283 de la Ley Fundamental.

Cabe destacar que, en el marco del principio de separación de funciones, la independencia de los órganos de poder y el sistema de pesos y contrapesos, la Constitución prevé mecanismos de control inter-órganos. Así, en relación con el Órgano Legislativo, el presidente del Estado tiene la facultad de realizar la observación y devolución del Proyecto de Ley sancionado y remitido para su promulgación¹⁰; en el caso que la Asam-

.....
 10 Por previsión del art. 163.10 de la Constitución: «La ley sancionada por la Asamblea Legislativa Plurinacional y remitida al Órgano Ejecutivo, podrá

blea Legislativa Plurinacional rechace las observaciones del presidente del Estado al Proyecto de Ley, este tiene legitimación activa para impugnar la Ley mediante la acción de Inconstitucionalidad abstracta. Por su parte, el artículo 158.18 reconoce a la Asamblea Legislativa Plurinacional la facultad de interpelar y censurar a un ministro de Estado por la adopción o ejecución errónea de políticas públicas; la censura implicará la destitución del ministro censurado¹¹.

Asimismo, la Asamblea Legislativa Plurinacional tiene atribuciones de control y fiscalización sobre la formulación y ejecución de planes de desarrollo nacional, las políticas públicas, la formulación y ejecución del Presupuesto General del Estado, la contratación de empréstitos que comprometan las rentas generales del Estado, los contratos de interés público referidos a recursos naturales y áreas estratégicas, firmados por el Órgano Ejecutivo y la enajenación de bienes de dominio público del Estado.

Cabe destacar que, en relación con el régimen político de gobierno, en la primera Constitución, conocida como la Constitución Bolivariana, se adoptó el régimen Semipresidencial, en el que presidente de la República de carácter vitalicio era designado por el Parlamento y ejercía las funciones de jefe de Estado; y el vicepresidente designado por el Parlamento a propuesta del presidente de la República ejercía las funciones de jefe de Ministros. Ese régimen político de gobierno fue sustituido por el sistema presidencial mediante la reforma constitucional de 1831. Esta reforma constitucional determinó que el Poder Ejecutivo sería ejercido por

.....

ser observada por la Presidenta o el Presidente del Estado en el término de diez días hábiles desde el momento de su recepción. Las observaciones del Órgano Ejecutivo se dirigirán a la Asamblea. Si ésta estuviera en receso, la Presidenta o el Presidente del Estado remitirá sus observaciones a la Comisión de Asamblea. [...] En el caso de que considere infundadas las observaciones, la ley será promulgada por la Presidenta o el Presidente de la Asamblea».

¹¹ El art. 158.I.10 de la Constitución dispone: «Interpelar, a iniciativa de cualquier asambleísta, a las Ministras o los Ministros de Estado, individual o colectivamente, y acordar la censura por dos tercios de los miembros de la Asamblea. La interpelación podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras. La censura implicará la destitución de la Ministra o del Ministro».

el Presidente de la República y los ministros de Estado: el primero sería elegido por las juntas electorales de parroquia por un período de cuatro años y con derecho a la reelección; el vicepresidente no formaba parte de la estructura orgánica del órgano Ejecutivo, pero era elegido juntamente con el presidente de la República y lo reemplazaba en caso de ausencia o afección temporal o definitiva. El presidente de la República no era responsable políticamente ante el Parlamento, por lo que este no podía destituirlo, pero el presidente tampoco podía disolver el Parlamento.

Desde la reforma constitucional de 1821 hasta hoy se ha mantenido el régimen político de gobierno Presidencial, con pequeños ajustes.

Este régimen ha generado, por una parte, la construcción de un caudillismo en torno al presidente, que se constituye en el Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Jefe del Partido Político, tendencia que ha contribuido a la crisis de los partidos políticos; y, por otra, a que en las situaciones grave crisis política y social sea difícil encontrar una solución democrática que no tenga implicaciones negativas en la unidad nacional y la seguridad jurídica.

En el caso de que existan indicios de responsabilidad política, la reforma constitucional de 2009, introdujo la revocatoria de mandato para toda autoridad electa, excepción hecha de las autoridades judiciales. De acuerdo con el artículo 140 de la Constitución los ciudadanos y ciudadanas pueden revocar el mandato conferido al presidente del Estado¹².

.....

12 El art. 240 de la Constitución prevé lo siguiente. «I. Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley. II. La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo. III. El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público. IV. La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a Ley. V. Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a ley. VI. La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo».

Con relación al Órgano Legislativo, cabe señalar que en la primera Constitución de la República de Bolivia fue organizado mediante el establecimiento de tres Cámaras: la Cámara de Tribunales, la Cámara de Senadores y la Cámara de Censores. La reforma constitucional de 1831 adoptó el sistema bicameral, mismo que fue modificado en dos ocasiones: en las reformas constitucionales de 1861 fue modificado por el sistema unicameral; el sistema bicameral fue repuesto por la reforma constitucional de 1868; la reforma constitucional de 1871 nuevamente se adoptó el sistema unicameral y tras la reforma constitucional de 1878 se restableció el sistema bicameral. Desde entonces a la fecha se mantiene este último sistema.

En un Estado unitario centralizado carecía de sentido la existencia de dos Cámaras legislativas. En cambio, en un Estado unitario descentralizado como el que actualmente es Bolivia, sí está justificada la división del Órgano Legislativo en dos Cámaras, dado que una de ellas debe ser de representación nacional y poblacional, con competencias sobre los asuntos nacionales o estatales; y la segunda Cámara de representación territorial, con competencias sobre los asuntos regionales.

Sin embargo, en la reforma constitucional de 2009 no se introdujeron las modificaciones necesarias para redefinir las funciones y competencias de las Cámaras legislativas al objeto de adecuarlas a la descentralización política, administrativa y económica que prevé la Constitución a través de la instauración del régimen de las autonomías.

4. Democracia y participación

Respecto a la forma de gobierno, el art. 11 de la Constitución prevé que este será democrático participativo, representativo y comunitario, y basado en la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

La norma constitucional determina que la democracia directa y participativa, será ejercida por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa.

Cabe destacar que el referendo es utilizado como un mecanismo de consulta para la promulgación de textos normativos tales como las reformas constitucionales, la aprobación de los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, y las leyes; también se emplea como dispositivo de consulta en la adopción de decisiones políticas trascendentales a nivel nacional, departamental, regional, municipal y en las autonomías indígena originario campesinas. La revocatoria de mandato está concebida como una vía de control de los representantes y mandatarios por parte del pueblo que permite retirarles la confianza por los errores políticos o por el incumplimiento de sus propuestas y programas electorales.

Como expresión de la democracia participativa, la Constitución prevé la participación y el control social. una labor que desarrolla directamente el pueblo como sociedad civil organizada en la formulación de las políticas públicas, la elaboración colectiva de las leyes y el control de la gestión pública para garantizar su eficiencia, transparencia e idoneidad; y en el control de los servicios públicos para garantizar la calidad, efectividad y oportunidad. El art. 241.I de la Constitución prevé que el pueblo soberano, a través de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas; que la sociedad civil organizada ejercerá el control social de la gestión pública en todos los niveles del Estado, así como de las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales¹³.

.....

13 El art. 241 de la Constitución establece: «I. El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas. II. La sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales. III. Ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos. IV. La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social. V. La sociedad civil se organizará para definir la estructura y composición de la participación y control social. VI. Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad».

Respecto a la democracia representativa, la norma constitucional determina que será ejercida mediante la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a ley.

Con el *nomen juris* «representación política», la Constitución define la titularidad del ejercicio de la representación ciudadana en el proceso de conformación de los órganos del poder constituido del Estado y del ejercicio del poder público.

Esta definición tiene su fundamento en dos elementos esenciales; el primero, la ruptura del monopolio de los partidos políticos sin prescindir de ellos, dado que el importante rol que juegan en la consolidación del sistema democrático; y el segundo, la expresión de la diversidad social del Estado boliviano, que es multiétnico y pluricultural. La representación política permitirá la presencia efectiva de los diversos sectores sociales organizados en la estructura de los órganos del poder constituido estatal, departamental, regional y local sin necesidad de pertenecer a un partido político.

De acuerdo con el art. 209 de la Constitución, la titularidad del ejercicio de la representación ciudadana corresponde a las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos. La norma alude en primer término a los pueblos indígenas originario campesinos, y en último lugar a los partidos políticos; no se trata de una mera inversión del orden de prelación, sino más bien la expresión de toda una visión de fondo, en el sentido de que los actores centrales del nuevo régimen democrático son los pueblos indígenas originario campesinos cuya finalidad es construir un régimen en el que estos sectores sociales sean hegemónicos.

Esta modalidad de institucionalizar una amplia participación ciudadana en el ejercicio de la representación social y política tiende a fortalecer el sistema democrático, en la medida en que permite, por una parte, la presencia de los diversos sectores sociales en los órganos del poder político estatal, departamental, regional y local, y asimismo propicia que los representantes logren mayor representatividad y legitimidad en su mandato; finalmente, el reconocimiento de la titularidad del ejercicio de

la representación popular a instituciones paralelas a los partidos políticos obliga a estos a iniciar un proceso profundo de cambios y transformaciones con miras a recuperar la credibilidad y la legitimidad ante el pueblo para seguir desarrollando la labor de mediación entre la sociedad civil y el Estado.

Con relación a la democracia comunitaria, la norma suprema dispone que será ejercida mediante la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, y conforme a ley. Se trata de un régimen de gobierno configurado sobre la base del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, es decir, en el reconocimiento de los sistemas y mecanismos de intervención, procedimientos propios y particulares de gestión de los pueblos indígenas o comunidades campesinas, y aceptando sus valores y principios propios y exclusivos, que no pueden ser desconocidos ni suplantados; en suma, se trata de un régimen de gobierno estructurado y ejercido sobre la base de los usos y costumbres, así como los principios y valores, de los pueblos indígenas originario campesinos.

Desde el nacimiento a la vida republicana, Bolivia adoptó para su gobierno la democracia representativa. El artículo 7 de la Constitución de 1826 proclamó que el gobierno de Bolivia es popular representativo. Esa definición se mantuvo hasta la reforma constitucional de 2004, solamente introduciendo el matiz de la «forma democrática representativa» establecido en la reforma constitucional de 1880.

En este régimen de gobierno, el pueblo no deliberaba ni gobernaba sino mediante sus representantes y mandatarios elegidos por voto. Si bien la Constitución declaraba que la soberanía residía en el pueblo, reducía la relación política de los ciudadanos y ciudadanas con el Estado al mero ejercicio del derecho de sufragio¹⁴.

.....

14 El art. 8 de la Constitución de 1826 disponía textualmente lo siguiente: «La soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los poderes que establece esta Constitución». El art. 4 de la Constitución de 1967 preveía textualmente lo

En la reforma constitucional de 2004, Bolivia adoptó como forma de gobierno la democracia representativa y participativa, introduciendo como mecanismos de participación popular el referendo y la iniciativa legislativa ciudadana¹⁵.

El nuevo régimen de gobierno democrático participativo, representativo y comunitario, se configuró sobre las siguientes bases:

- a) La inclusión social de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la estructura política del Estado y al ejercicio del gobierno; en este sentido, la Constitución estableció mecanismos y sistemas especiales y cualificados de participación de los indígenas originarios en el ejercicio de la democracia participativa y representativa.
- b) La consolidación de la ruptura del monopolio de los partidos políticos en el ejercicio de la representación ciudadana para superar la crisis del sistema político tradicional, caracterizada por la pérdida de legitimidad y representatividad de los partidos. Aunque no eliminó los partidos políticos, la Constitución reforzó los medios alternativos de mediación entre la sociedad civil y el Estado; concretamente incorporó a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como a las agrupaciones ciudadanas.
- c) Participación y control ciudadano en el ejercicio del poder político, en general, y la gestión pública, en particular. La

.....
siguiente: «El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y de las autoridades creadas por ley. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuye la soberanía del pueblo comete delito de sedición».

15 El art. 1.I de la Constitución reformada el año 2004 disponía: «Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos»; y el art. 4.I disponía lo siguiente: «El pueblo delibera y gobierna por medio de sus representantes y mediante la Asamblea Constituyente, la iniciativa Legislativa Ciudadana y el Referéndum, establecidos por esta Constitución y normados por Ley».

Constitución institucionaliza la participación y el control ciudadano, que no se limita a la toma de decisiones trascendentales para el Estado en el orden legislativo o político administrativo a través de los mecanismos clásicos de participación popular como el referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, o la revocatoria de mandato. Se trata de un sistema novedoso de participación directa de la sociedad civil, que se organiza, a través de la Asamblea y el Cabildo en los siguientes ámbitos: la formulación de políticas de Estado; el apoyo a la Asamblea Legislativa Plurinacional en la construcción colectiva de las leyes; el manejo transparente de la información y el uso adecuado de los recursos en todos los espacios de la gestión pública; la elaboración de informes para activar la revocatoria de mandato; de otro lado, se trata de una participación en el control social de la gestión pública en todos los niveles del Estado. Así está previsto en los arts. 241 y 242 de la Constitución.

5. Justicia Constitucional

De acuerdo con el art. 179.III de la Constitución, promulgada el 7 de febrero de 2009, la Justicia Constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional que, por mandato del art. 196 de la ley fundamental del Estado, velará por la supremacía de la Constitución, ejercerá el control de constitucionalidad, y precautelará el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

De las normas constitucionales arriba citadas puede inferirse que, en relación con el modelo de control de constitucionalidad, la última reforma constitucional encarada por la Asamblea Constituyente y por referéndum popular ratificatorio, el Constituyente no ha modificado centralmente el modelo de control de constitucionalidad adoptado por la reforma constitucional de 1994. Se mantiene, pues, el modelo europeo o «kelseniano» –aunque con algunos rasgos del modelo americano de la revisión judicial–, pero se adapta al nuevo modelo de organización social y política, es decir

al Estado Plurinacional configurado sobre la base de la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

Esta caracterización tiene su sustento en el hecho de que, en el ámbito del control de constitucionalidad de las normas, y con base en las previsiones de la Constitución, la Ley N° 027 del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional atribuye al Tribunal Constitucional Plurinacional el monopolio para anular y expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones legales y reglamentarias del ordenamiento jurídico ordinario del Estado que sean incompatibles con la Constitución y contradigan e infrinjan las normas del bloque de constitucionalidad, si bien en esa labor participan los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria promoviendo la acción de inconstitucionalidad concreta. Por otro lado, en el ámbito del control de constitucionalidad de naturaleza competencial, es decir, en el control del ejercicio del poder político, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene el monopolio del conocimiento y la resolución de las acciones de conflictos de competencia o del recurso directo de nulidad. Sin embargo, en el ámbito del control tutelar de los derechos fundamentales –vale decir, el control para la protección de los derechos fundamentales– la labor es realizada por los jueces y tribunales de garantías constitucionales en única instancia; el Tribunal Constitucional Plurinacional interviene conociendo y resolviendo las acciones tutelares en grado de revisión de oficio.

El Tribunal Constitucional Plurinacional está formado por nueve magistrados titulares y nueve magistrados suplentes; de ellos, al menos dos magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino por auto identificación personal; todos ellos serán elegidos por voto popular y sufragio universal entre nóminas seleccionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional por dos tercios de votos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional es un órgano constitucional dotado de independencia orgánica, funcional y jurisdiccional del Órgano Judicial y de los otros órganos del poder constituido.

El control de constitucionalidad se lleva a cabo en tres ámbitos: el control de constitucionalidad de las normas; el control de

constitucionalidad competencial o control del ejercicio del poder político; y el control de constitucionalidad tutelar de los derechos fundamentales.

El control de constitucionalidad de las normas se realiza sobre leyes, estatutos autonómicos y cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, Derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, y los reglamentos o resoluciones no judiciales de carácter normativo. Mediante el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas se declara, si corresponde, su inconstitucionalidad con carácter general o *erga omnes* y los efectos derogatorios o abrogatorios. El control puede ser preventivo o *a priori*, modalidad que es realizada a través del conocimiento de procesos constitucionales de consulta en los que se emite una declaración constitucional con fuerza vinculante; esas consultas son las siguientes: a) consultas que puedan realizar las autoridades legitimadas¹⁶ sobre la constitucionalidad de proyectos de Ley; b) consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la constitucionalidad de sus normas de Derecho Consuetudinario aplicables a un caso concreto; c) consultas previas que planteen las autoridades que tengan legitimación¹⁷ activa sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones o convenios internacionales; d) consultas sobre la constitucionalidad de las preguntas del referendo popular; f) consultas sobre la constitucionalidad de los estatutos autonómicos o de las cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas; y g) consultas sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución. El control correctivo o *a posteriori*, se realiza a través del conocimiento y resolución de la acción de inconstitucionalidad abstracta, la acción de

.....
 16 Por previsión del art. 202.7) de la Constitución, tienen legitimación activa para plantear la Consulta sobre la Constitucionalidad de un Proyecto de Ley: el presidente del Estado Plurinacional, el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, el presidente del Tribunal Supremo de Justicia y el presidente del Tribunal Agroambiental.

17 Por previsión del art. 107 del Código Procesal Constitucional, tienen legitimación activa para plantear la consulta sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones internacionales el presidente del Estado Plurinacional, y el presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional.

inconstitucionalidad concreta, y el recurso contra tributos, ya sean impuestos, tasas, patentes o contribuciones.

El art. 202.9 de la Constitución dispone que el control de constitucionalidad sobre tratados y convenciones internacionales es previo e imperativo. Así, una vez suscrito y remitido a la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación mediante ley, y antes de la ratificación, debe someterse obligatoriamente al control previo de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad competencial se realiza mediante el conocimiento y la resolución de los siguientes procesos constitucionales: a) las acciones de conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público, esto es entre los órganos del poder central; b) las acciones de conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas; c) las acciones de conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; y d) el recurso directo de nulidad.

El control de constitucionalidad tutelar se realiza a través de las acciones tutelares, como la acción de libertad (hábeas corpus), la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad (hábeas data), la acción de cumplimiento, y la acción popular. Cabe señalar que estas acciones tutelares son conocidas, sustanciadas y resueltas en única instancia por jueces y tribunales de garantías constitucionales; la sentencia, emitida juntamente con el expediente, es remitida al Tribunal Constitucional Plurinacional en grado de revisión de oficio.

Al nacer a la vida republicana, Bolivia adoptó el sistema político de control de constitucionalidad. La Constitución de 1826 encomendó la labor a la Cámara de Censores. En la reforma constitucional del año 1831, se mantuvo el sistema, pero se creó el Consejo de Estado, órgano al que, entre otras funciones, se atribuyó el control de constitucionalidad.

Mediante la reforma constitucional de 1861 se adoptó un sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad inspirado en el modelo americano de la *judicial review*, conocido en la teoría clásica como el

control difuso de constitucionalidad. La tarea de control fue encomendada a todos los jueces y tribunales, quienes tenían la atribución y obligación de no aplicar una disposición claramente incompatible con las normas de la Constitución. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano jurisdiccional, tenía la facultad y atribución de conocer y tramitar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición legal, cuya decisión tenía un efecto *inter partes*.

La falta de efectividad en el control de constitucionalidad desarrollado por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, así como el proceso de judicialización de los derechos humanos y la adopción tendencialmente generalizada del modelo europeo de control de constitucionalidad en América Latina dio lugar al cambio de modelo de control de constitucionalidad.

La reforma constitucional de 1994 adoptó el modelo europeo de control de constitucionalidad, conocido en la teoría clásica como control concentrado de constitucionalidad. Cabe advertir que no se trató un modelo puro, sino adecuado a la realidad jurídica del país, por lo que conformaba un modelo similar al europeo, pero con algunos rasgos típicos del modelo americano. Así, se creó el Tribunal Constitucional para defender y custodiar la Constitución y proteger los derechos fundamentales, ejerciendo monopólicamente el control normativo y control competencial de constitucionalidad en régimen de monopolio, si bien el control tutelar de constitucionalidad sigue correspondiendo a los jueces y tribunales de garantías constitucionales, pertenecientes a la jurisdicción ordinaria.

La reforma constitucional de 2009 ratificó el modelo de control de constitucionalidad, aunque introdujo algunos ajustes en el modelo inicial. Se modificó su estatus constitucional, pues pasó de formar parte orgánicamente del Poder Judicial a constituirse en un órgano constitucional independiente de los órganos del poder constituido. Su denominación fue sustituida por la de Tribunal Constitucional Plurinacional, dado que ejerce un control plural de constitucionalidad: por una parte, el control de constitucionalidad de las normas de Derecho estatal; por otra, el de las

normas del derecho consuetudinario de las nacionales y pueblos indígena originario campesinos.

Lamentablemente, el cambio de estatus constitucional del Tribunal Constitucional Plurinacional se vio afectado por la adopción del sistema de selección y elección por voto popular de los magistrados, que debilitó notablemente la independencia de los magistrados, lo que se reflejó y refleja en decisiones erradas que han dado aval constitucional a disposiciones legales, resoluciones y determinaciones gubernamentales abiertamente contrarias a la Constitución¹⁸.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

La Constitución vigente contiene un catálogo amplio de derechos fundamentales, mismos que están reconocidos y organizados sobre las siguientes bases:

.....

18 Así, en una Acción de Inconstitucionalidad Abstracta planteada por legisladores del partido de gobierno impugnando normas de la propia Constitución que establecen un límite a la reelección continua de las autoridades electas, entre ellas el Presidente del Estado, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia SCP N° 0084/2017, de 28 de noviembre declarando la aplicación preferente del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: “por una sola vez de manera continua”, sobre la base de una interpretación de la norma convencional en el sentido que implícitamente reconoce el derecho a la reelección indefinida, sustentando su determinación en un falseamiento y fraude constitucional y convencional; sentencia que fue utilizada para que el Tribunal Supremo Electoral habilitara al presidente y vicepresidente en ejercicio a una tercera reelección continua. De otro lado, se puede mencionar la Sentencia SCP N° 0770/2012 de 13 de agosto, que ha declarado la constitucionalidad de los arts. 91 bis y 344 bis del Código de Procedimiento Penal que permite el juzgamiento en ausencia de acusado declarado en rebeldía, lo que vulnera el derecho al debido proceso en sus garantías mínimas del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, derecho a la defensa y derecho a recurrir del fallo ante el Juez o Tribunal superior. También se puede mencionar la Sentencia SCP 0106/2015 de 16 de diciembre, que declaró la constitucionalidad de la Ley N° 351 y su Reglamento, cuyas normas vulneran el derecho a la libertad de asociación.

- 1º Los derechos se reconocen sobre la base de los principios de inviolabilidad, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; así lo establece el art. 13.I de la Constitución. Esos principios constituyen los presupuestos lógicos y los criterios básicos de su ejercicio por sus titulares, y de su preservación, resguardo y protección por parte del Estado.
- 2º La cláusula abierta, que es una norma constitucional habilitante para incorporar e integrar al catálogo previsto por la Constitución aquellos derechos no reconocidos expresamente y denominados derechos implícitos, innominados o de origen jurisprudencial, para que puedan ser ejercidos, preservados y protegidos; la cláusula está prevista por el art. 13, parágrafo segundo, de la Constitución.
- 3º La prohibición y sanción de todo acto de discriminación por razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona; así está expresamente previsto por el art. 14, parágrafo segundo, de la Constitución.
- 4º La imposición de deberes al Estado, para que promueva, proteja y respete los derechos reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad (art. 13.I¹⁹), y para garantizar a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos (art. 14.III²⁰). Asimismo, la im-

.....

19 El art. 13.I de la Constitución dispone: «Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos».

20 Por previsión del art. 14.III de la Constitución: «El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio

posición de obligaciones negativas y positivas para garantizar el ejercicio efectivo y goce pleno de los derechos.

Sobre las bases mencionadas, el amplio catálogo de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución (artículos 13 a 107 de la Constitución) está organizado en cinco grupos en función de la finalidad que persigue su reconocimiento.

El primer grupo es el de los derechos denominados fundamentales (artículos 15 a 20), cuya finalidad es mejorar la calidad de vida para garantizar la vida digna, a partir del reconocimiento y garantía de un mínimo esencial de derechos como la vida, la integridad física, psicológica y sexual, la alimentación, el agua, la educación, salud, hábitat, vivienda y derecho de acceso a los servicios públicos básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.

El segundo es el de los derechos civiles (artículos 21 a 25), cuya finalidad es precautelar el ámbito de autodeterminación de las personas; a este grupo se incorporaron aquellos derechos que anteriormente no estaban reconocidos: el derecho de autoidentificación cultural, derecho a la privacidad o intimidad, honor, honra, imagen, dignidad, derecho a la libertad religiosa y espiritualidad y derecho a la libertad de información.

El tercer conjunto está formado por los derechos políticos (artículos 26 al 29), cuya finalidad es vincular a los ciudadanos y ciudadanas con el ejercicio del poder político del Estado; en este grupo se incorporó el derecho al asilo político y se reconoció el derecho de las bolivianas y bolivianos residentes en el extranjero a votar en las elecciones presidenciales.

El cuarto agregado lo forman los derechos colectivos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (artículo 30.II), cuya finalidad es garantizar la continuidad y la existencia perdurable de estos colectivos humanos, así como preservar su identidad cultural, sus creencias religiosas, espiritualidades, prácticas y costumbres, su cosmovisión y

.....

de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos».

su entorno territorial; este grupo incorpora los derechos colectivos de esas colectividades sociales que, en gran parte se constituyen en una minoría poblacional en situación de vulnerabilidad.

El quinto grupo es el de los derechos económicos, sociales y culturales (artículos 33 a 107), cuya finalidad es la de eliminar las diferencias y desigualdades sociales mediante la distribución equitativa de la riqueza social y la solidaridad. Este grupo incluye los derechos sociales a la seguridad social, al trabajo y empleo digno, a la sindicalización, a la huelga. También se reconocen como derechos económicos los derechos a la propiedad privada y a la sucesión hereditaria, a la industria, al comercio y a desarrollar cualquier actividad económica lícita, y a la asociación empresarial. Asimismo, se reconocen los derechos de carácter cultural como el acceso al patrimonio cultural, a la ciencia y la tecnología, y el derecho al deporte, a la cultura física y a la recreación. Importa destacar que este grupo de derechos incluye los derechos sociales específicos de los grupos sociales vulnerables como las familias, los niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores, personas con discapacidad, las personas privadas de libertad, así como los usuarios y consumidores. Como parte de ese catálogo, la Constitución reconoce el derecho al medio ambiente, derecho al que se otorga un tratamiento transversal.

El artículo 410.II establece que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos quedan integrados en el Derecho interno como parte del bloque de constitucionalidad²¹. Cabe señalar que, interpretando esta norma constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha declarado en su Sentencia Constitucional SC 0110/2010 de 10 de mayo²² que el bloque de constitucionalidad no se agota en las

.....

21 El artículo 410.II de la Constitución establece: «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».

22 En la referida Sentencia el Tribunal Constitucional Plurinacional ha determinado lo siguiente: «En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres

normas de los tratados y convenciones Internacionales, sino que alcanza también a los organismos internacionales especializados en su tutela y a las determinaciones o decisiones emanadas de esos órganos. De otro lado, la Constitución prevé la aplicación preferente, en casos concretos, de las normas de tratados y convenciones internacionales que reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución²³. Finalmente, prevé el principio de interpretación de la Constitución y las leyes en conformidad a los tratados y convenciones internacionales²⁴.

Respecto a las garantías constitucionales, la Constitución establece garantías normativas –obligaciones negativas y obligaciones positivas

.....

partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional sistémico, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad [...] En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del Estado Constitucional enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos». Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional expedida el 10 de mayo de 2010, en la Acción de Amparo Constitucional, Expediente 2006-13381-27-RAC.

23 Según la norma prevista por el art. 256.I de la Constitución «Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta».

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

para el Estado— como medios efectivos para el resguardo, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales.

Asimismo, la Constitución establece garantías jurisdiccionales, como la acción de inconstitucionalidad para proteger los derechos fundamentales frente a las leyes que las vulneren, así las siguientes acciones tutelares: la acción de libertad (recurso de hábeas corpus) para la protección de los derechos a la vida, la libertad física y derecho de libre tránsito y residencia; la acción de protección de privacidad (hábeas data) para la protección del derecho a la autodeterminación informativa; la acción de amparo constitucional para proteger los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, con excepción de aquellos que son protegidos por otras acciones; la acción popular, para la protección de los derechos e intereses colectivos; y la acción de cumplimiento para la protección del derecho al cumplimiento efectivo de la Constitución y las leyes.

La Constitución de 1826 no reconoció expresamente los derechos fundamentales de la persona. Simplemente estableció un régimen de garantías constitucionales de carácter normativo para el ejercicio de los derechos civiles y políticos, que no fueron proclamados explícitamente, pues se presumían inherentes a la naturaleza humana.

A pesar de que la Constitución se reformó en los años 1831, 1834, 1839 y 1843, se mantuvo este tratamiento de los derechos fundamentales en la ley fundamental del Estado, es decir, la mera proclamación formal de las garantías constitucionales sin consagrar expresamente los derechos fundamentales para permitir la judicialización de los derechos humanos.

En la reforma constitucional de 1851, el Constituyente modificó su posición respecto al tratamiento de los derechos humanos en el sistema constitucional boliviano y reconoció formalmente algunos derechos civiles y políticos en el texto constitucional. En las reformas constitucionales posteriores realizadas en el Siglo XIX, es decir, las de los años 1861, 1868, 1871, 1878 y 1880, se mantuvo esa forma de tratamiento, limitando a la fase inicial el proceso de positivación de los derechos fundamentales.

La Constitución de 1938 estableció un catálogo de derechos fundamentales en el que reconocía los derechos civiles y políticos; asimismo, consagró algunos derechos económicos, sociales y culturales; se incorporaron a la Constitución los regímenes social, familiar, cultural y del campesinado. La reforma constitucional de 1967 amplió el catálogo de los derechos fundamentales mediante el reconocimiento de algunos derechos sociales como el derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la justa remuneración y el derecho a la seguridad social.

En la Constitución de 1938 se incorporó la garantía jurisdiccional del hábeas corpus, para la protección del derecho a la libertad física de las personas en los casos en los que sea restringida o suprimida de manera ilegal o indebida. A tal efecto, además, estableció el procedimiento para su trámite respectivo. En la Constitución de 1967 se introdujo el recurso de amparo constitucional como una vía tutelar para la protección de los derechos fundamentales, con excepción del derecho a la libertad física, en aquellos casos en los que fuesen restringidos, suprimidos o amenazados de restricción o supresión por actos u omisiones de autoridades públicas o particulares.

No cabe duda de que, entre los aspectos positivos de la nueva Constitución, destaca el gran avance en la positivación de los derechos humanos mediante su consagración como derechos fundamentales. Superando el catálogo restringido de la Constitución abrogada, el nuevo texto constitucional presenta un desarrollo extraordinario de los derechos fundamentales, incorporando, por un lado, los derechos económicos, sociales y culturales y, por otro, los derechos colectivos o de los pueblos; y ampliando el catálogo de los derechos civiles y políticos. Adicionalmente, el texto de la nueva Constitución no se limita a la mera consagración declarativa de los derechos. Por el contrario, establece, aunque de manera poco ordenada y sistemática, garantías constitucionales para el pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales mediante la imposición de obligaciones negativas y positivas al Estado.

■ **BRASIL**

Mônia Clarissa Hennig Leal*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

A Constituição brasileira de 1988, promulgada em um contexto de redemocratização, após longos vinte anos de ditadura militar, ainda que não seja oriunda de uma assembleia constituinte democraticamente eleita, é consequência de um significativo movimento popular (conhecido como «Diretas Já») e possui amplo caráter democrático, tendo como elemento central a dignidade humana, prevendo, ainda, uma extensa gama de direitos fundamentais e instrumentos de garantia, bem como abrindo espaço institucional para a participação política dos cidadãos, não apenas por meio do voto, mas também por meio de mecanismos diversos (tais como a ação popular, os conselhos, os comitês, o referendo e o plebiscito, dentre outros).

A centralidade atribuída aos direitos fundamentais resta evidenciada, por sua vez, já por sua localização no texto, pois, ao contrário das Cartas anteriores, que os relacionavam apenas ao final, como conteúdos

.....

* Autora: Mônia Clarissa Hennig Leal (Coordinadora y docente permanente del Programa de Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Coordinadora del “Observatorio de la Jurisdicción Constitucional Latinoamericana”. Becaria de investigación del “Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico” – CNPq. Miembro del Consejo Superior de la “Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul” – FAPERGS (2014-2019). Miembro del grupo de expertos del “Programa Estado de Derecho para Latinoamérica” de la KAS.

últimos a serem tratados (condicionados, portanto, em certa medida, aos aspectos organizacionais do Estado e das Instituições), aqui eles aparecem logo no início (arts. 5º e seguintes), associados aos princípios fundamentais da República – tais como a forma federativa do Estado, a separação de Poderes, o regime democrático, a dignidade da pessoa humana e a formação de uma «sociedade justa, livre e solidária» (arts. 1º a 4º) – de modo que agora são eles que se constituem em fundamento para a compreensão de todos os demais elementos nela contidos (inclusive os Poderes constituídos e a própria sociedade).

A dignidade da pessoa humana aparece, pois, como sendo o *telos* último, a *ratio essendi*, do ordenamento jurídico, estando todos os demais conteúdos constitucionais comprometidos no sentido de sua realização, que se dá, por sua vez, por meio do respeito aos direitos fundamentais, que, ao mesmo tempo em que lhe conferem conteúdo, são também por ela conformados.

Além disso, o rol de direitos é extenso e abrangente¹, ficando evidente a preocupação com a sua efetividade, ao serem dotados de eficácia imediata (art. 5º, parágrafo 1º) e amparados por um amplo espectro de ações e de *writs* constitucionais destinados à sua tutela (conforme item 5 –Justicia Constitucional, abaixo).

A isso soma-se a incorporação de alguns elementos operacionais de proteção cunhados pela teoria constitucional alemã, tais como a noção de «mínimo existencial» (*Existenzminimum*) e de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, da qual decorrem conceitos como o «dever de

.....
 1 Serve como indicativo, para tanto, o fato de que a Constituição de 1988 converteu os direitos humanos previstos na Declaração da ONU, de 1948, em direitos fundamentais; assim, os direitos e garantias individuais estão previstos no art. 5º (em um total de quase oitenta incisos, passando pelo direito à vida, à igualdade, à liberdade de reunião e de manifestação, liberdade religiosa e de crença, acesso à justiça, devido processo legal, vedação da pena de morte, etc.), enquanto os direitos sociais estão instituídos, notadamente, no art. 6º (direitos sociais em sentido amplo, como educação, habitação, alimentação adequada, lazer, cultura, dentre outros) e no art. 7º (direitos dos trabalhadores – férias remuneradas, 13º salário, licença maternidade, adicionais de insalubridade e de periculosidade, jornada de trabalho, etc.).

proteção estatal» (*Schutzpflicht*) e a «proibição de proteção insuficiente» (*Untermassverbot*), bem como o fenômeno de constitucionalização do Direito (*Austrahlungswirkung*) e a vinculação dos particulares ou eficácia contra terceiros dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*)².

Este aspecto é reforçado, ainda, pela inserção, no texto, de valores e de objetivos reconhecidos como fundamentais, de modo que a Constituição passa a ser tida como a «ordem jurídica fundamental da coletividade, o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido», princípios estes que, a partir do reconhecimento de uma pluralidade de concepções de vida e do caráter conflitivo da realidade social (que deverão ser considerados por ocasião de sua interpretação e aplicação), instituem os valores políticos, culturais e sociais dessa mesma coletividade.

Estes elementos acabam por conferir-lhe, por conseguinte, um forte caráter principiológico, atribuindo à Constituição uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade, o que demanda uma atividade notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definam a extensão de cada um desses direitos.

O Brasil adota a forma federativa de Estado, prevendo autonomia para União, Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos da Constituição.

Ao lado da Constituição Federal (co)existem, portanto, também as Constituições dos Estados (poder constituinte derivado decorrente).

Além disso, é uma particularidade da federação brasileira o reconhecimento dos Municípios como entes federados, sendo dotados de autonomia e regidos pela chamada «Lei Orgânica», que se configura como verdadeira «Constituição do Município». A justificativa de tal particularidade deita suas raízes na própria história brasileira, mais precisamente no momento da independência de Portugal, característica que se arraigou na estrutura brasileira, refletindo-se, formalmente, na conformação da própria Federação.

.....

2 Deve-se destacar que é significativa a produção teórica brasileira sobre o tema.

A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. A Constituição Federal estabelece as competências atribuídas a cada um dos entes federados, organizando a convivência harmônica entre as diferentes esferas de poder dos entes federados, competindo ao Supremo Tribunal Federal, em regra, a resolução de eventuais conflitos relativos ao funcionamento do sistema federativo (competências, questões tributárias).

Critério: o principal critério utilizado para a determinação de competências dos entes federados está associada à predominância do interesse:

- a) União → interesse geral
- b) Estados-membros → interesse regional
- c) Municípios → interesse local
- f) Distrito Federal → interesse regional + local (ente federado *sui generis* que mescla características de Estado-membro e de Município)

As competências administrativas exclusivas da União estão previstas no art. 21 da CF/88, indicando as áreas em que a União deve atuar administrativamente.

Já a competência legislativa se divide em: a) privativa da União (art. 22 da CF/88); b) concorrente (art. 24 da CF/88).

Delegação de competência privativa: apesar de as matérias elencadas no art. 22 da CF/88 serem de competência legislativa privativa da União, elas também podem ser regulamentadas por outros entes federativos, desde que haja lei complementar autorizando e prevendo especificamente a hipótese (art. 22, parágrafo único da CF/88).

A lei complementar deve prever e estabelecer, de forma expressa, sobre quais pontos da referida matéria o Estado-membro pode legislar, não se admitindo delegação de competência genérica. Requisitos para a delegação: a) formal (a delegação deve ser feita por meio de lei complementar devidamente aprovada, segundo o procedimento próprio estabelecido pela Constituição); b) material (somente pode ser delegada a competência para

legislar sobre um ponto específico da matéria – não se admite a hipótese de delegação de toda a competência ao ente federado); c) a lei complementar deve delegar esta competência a todos os Estados-membros, indistintamente, independentemente de eventuais particularidades ou diversidade existentes entre os Estados-membros – pois a Constituição veda a criação de preferências entre os entes federados – art. 19 da CF/88, sob pena de ferir-se o princípio da igualdade federativa).

Competência legislativa concorrente: a competência da União se limita ao estabelecimento de normas gerais. Em caso de inércia da União sobre a elaboração de norma geral, os Estados e o Distrito Federal podem legislar, também, sobre os aspectos gerais, exercendo competência legislativa plena. Se a União, posteriormente, vier a legislar genericamente sobre a matéria, a respectiva norma estadual terá sua eficácia suspensa naquilo que for incompatível com a lei federal.

Rol exemplificativo: a relação de matérias que são de competência privativa da União prevista no art. 22 da CF/88 é exemplificativo, e não exaustivo. Isto porque não se exclui a competência de a União legislar sobre matérias diversas, previstas de forma esparsa e dispersa no texto constitucional, versando sobre temas específicos. Apenas o rol de competências comuns é que é exaustivo.

Autonomia dos Estados-membros: a autonomia dos Estados-membros perante a União se dinamiza sobretudo via:

- «Poder Constituinte decorrente», poder de cada Estado-membro de ter uma Constituição Estadual e por ela se autogovernar, dentro dos limites previamente estabelecidos na Constituição federal;
- Impossibilidade de um ente federativo criar obrigações contra o outro, que não aquelas já estabelecidas na Constituição ederal (art. 18 e 19 da CF/88);
- Quebra da autonomia dos Estados-membros mediante interferência da União Federal somente em casos muito especiais,

expressamente previstos na Constituição federal («intervenção» – arts. 34 e 36 da CF/88).

Cláusula pétrea: a forma federativa do Estado constitui-se em cláusula pétrea (art. 60, §4º da CF/88); assim, o sistema federativo somente pode ser abolido por meio de uma nova Constituição (poder constituinte originário).

Modelos recepcionados: na Constituição de 1891 foi recepcionado o modelo federativo norte-americano (com repartição rígida de competências entre União e Estados-membros, e de ampla autonomia aos Estados). Mas já na Constituição de 1934 foi introduzido o modelo federativo «cooperativo» alemão, onde existe colaboração e/ou cooperação entre União e Estados (sem repartição rígida, portanto), mas onde a autonomia estadual não é tão ampla como no caso americano (em face do aumento das competências da União, sobretudo legislativas). A Constituição de 1988 segue essa sistemática híbrida, mas na prática predominam as linhas do federalismo alemão, com centralização de competências na União Federal.

Direito de secessão: é inadmissível qualquer forma ou pretensão de separação de um Estado-membro, do Distrito Federal ou de algum Município, inexistindo no ordenamento jurídico brasileiro o chamado «direito de secessão», sendo que a simples pretensão de separação enseja a decretação de intervenção federal (art. 34, inciso I, da CF/88).

De forma geral, o sistema federativo brasileiro funciona de forma satisfatória, especialmente no tocante à repartição de competências administrativas e legislativas (sendo eventuais controvérsias ou dúvidas submetidas à apreciação do Supremo Tribunal Federal). Os aspectos mais problemáticos estão associados à dimensão tributária, sendo que atualmente fala-se muito na chamada «crise do pacto federativo» e na necessidade de se adotar um novo modelo de funcionamento, em razão, justamente, dos critérios de distribuição das parcelas devidas pela União aos Estados e aos Municípios para o cumprimento de suas competências.

Um claro exemplo nesse sentido reside na efetivação do direito à saúde, cuja competência e gerenciamento do Sistema Único de Saúde – SUS compete aos Municípios; a União tende a repassar os recursos devidos

com problemas e atrasos, sobrecarregando os Municípios, havendo fortes discussões acerca da necessidade de se repensarem os critérios de distribuição e também a sistemática. Este tema tem sido objeto de propostas para alteração da Constituição, visando a dar maior autonomia financeira aos entes federados.

A cidadania está na base da Constituição de 1988, caracterizando-se como fundamento e como fim do Estado. Como se trata de um Estado Uninacional, todos os brasileiros são considerados «cidadãos».

A cidadania aparece como fundamento e como valor a ser alcançado, servindo como fundamento para uma concepção de Estado que se qualifica como «Democrático de Direito»; isto significa que a Constituição de 1988 trabalha com uma lógica de transformação da realidade pautada por uma interconexão entre Estado e sociedade, prevendo uma série de espaços para a participação social (por meio de conselhos, fiscalização, etc.).

A Constituição de 1988 institucionalizou várias formas de participação da sociedade na vida do Estado, tanto que ficou conhecida como «*Constituição Cidadã*» pelo fato de, entre outros avanços, ter incluído em seu âmbito mecanismos de participação no processo decisório federal e local. Com relação à participação direta, a Constituição destaca o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular.

Já no tocante à democracia participativa, estabelece os Conselhos Gestores de Políticas Públicas nos níveis municipal, estadual e federal, com representação do Estado e da sociedade civil, indicando que as gestões das políticas de seguridade social, da educação e da criança e do adolescente devem ter caráter democrático e descentralizado.

Importante ressaltar que o dispositivo de emendas populares foi também utilizado nos processos de elaboração das Constituições estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios brasileiros, resultando na criação de conselhos municipais de gestão e controle de políticas públicas, com a participação de atores governamentais e não governamentais.

A inscrição de espaços de participação da sociedade no arranjo constitucional das políticas sociais brasileiras apostou no potencial das novas *institucionalidades* em mudar a cultura política do país, introduzindo

novos valores democráticos e maior transparência e controle social na atuação do Estado no tocante às políticas sociais.

A Constituição brasileira estabeleceu sistemas de gestão democrática em vários campos de atuação da Administração Pública, tais como: o planejamento participativo, mediante a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, como preceito a ser observado pelos Municípios (art. 29, inciso XII); a gestão democrática do ensino público na área da educação (art. 206, inciso VI); a gestão administrativa da Seguridade Social, com a participação quadripartite de governos, trabalhadores, empresários e aposentados (art. 194, inciso VII) e da seguridade social (art. 204, inciso a proteção dos direitos da criança e do adolescente (art. 227, § 1º); o Sistema Único de Saúde (SUS), que institui um sistema de co-gestão e de controle social tripartite – governo, profissionais e usuários – das políticas de saúde (art. 198, incisos I e III).

Atualmente, quase a totalidade das políticas sociais brasileiras – saúde, educação, assistência social, criança e adolescente, trabalho e renda, turismo, meio ambiente, pesca, etc. – contam com espaços institucionalizados de participação social, denominados Conselhos, que se configuram como órgãos administrativos colegiados com representantes da sociedade civil e do poder público. Muitos deles passaram a desenvolver também conferências nacionais, que são consideradas espaços mais amplos de participação, onde representantes do poder público e da sociedade discutem e apresentam propostas para o fortalecimento e a adequação de políticas públicas específicas. Algumas conferências são regulamentadas por lei (conferências nacionais, estaduais e municipais da Saúde e da Assistência Social, por exemplo); outras são regulamentadas por decreto do Poder Executivo, e há ainda aquelas que não possuem nenhum instrumento de institucionalização que obriga a sua realização.

O Brasil adota a forma de um Estado Uninacional. Embora reconheça a pluralidade como princípio fundamental e como característica da composição do povo brasileiro, há uma opção pela unificação. Até mesmo os índios, que são dotados de especial proteção pelo Estado (com

medidas de preservação de sua cultura e, inclusive, de seu isolamento) não são tratados como uma nação distinta.

2. Modelo econômico

É no Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 que a Ordem Econômica é delineada de forma mais pontual, ultrapassando momentos históricos em que o país se despreocupou com a necessidade de aliar o crescimento econômico com o desenvolvimento social. Por esta razão é que se encontra elevada à dicção constitucional a previsão normativa de que a livre iniciativa e o valor do trabalho humano são princípios fundantes da ordem econômica nacional (art.1º e art.170, da CF/88).

Tais princípios, entretanto, precisam ser compreendidos a partir de, no mínimo, dois âmbitos que se complementam: a) as atividades econômicas no país estão comprometidas com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais – notadamente sociais (arts. 5º, 6º e 7º da CF/88); b) a economia do país é capitalista, eis que se funda no direito de propriedade privada (art.5º, inciso XXII, e art.170, inciso II, da CF/88), o que significa garantir meios de produção privados), bem como na livre empresa e livre concorrência (art.170, Súnico, e inciso IV, CF/88).

Com isto, a Constituição nacional estabelece o desafio de equalizar mercado, capitalismo e justiça social, com a convicção de que o primeiro deve se submeter a esta última, pelo fato de que a vida humana, em sua dignidade, não pode preclitar ou ser violada em seus direitos fundamentais.

Assim, em situações e temas estratégicos, nos termos do art.173, a Constituição de 1988 prevê-se a exploração direta por parte do Estado de atividades econômicas que interessam à segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, reconhecendo-lhe ainda competências de agente normativo e regulador da economia, com forte acento fiscalizatório.

No caso particular da Ordem Econômica Constitucional, em que as relações jurídicas não se encontram necessariamente tipificadas em normas escritas e fechadas em códigos, os princípios têm uma função

importantíssima no sentido de viabilizar a interpretação e aplicação das regras existentes em face da dinâmica do Mercado.

O constituinte brasileiro se preocupou em estabelecer princípios constitucionais à ordem econômica do país para os fins de valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, do asseguramento de existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, detalhando-os da seguinte forma: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Conforme a dicção do parágrafo único do art.170, resta também assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei, ratificando o entendimento de que deverá ser compatível o sistema capitalista eleito com os ditames normativos sociais incorporados pelo texto constitucional.

Daí porque se afiguram como disjuntivas as decisões sobre o escalonamento e atendimento das prioridades legislativas, administrativo-orçamentárias e mesmo judiciais no âmbito do asseguramento de direitos em geral e dos direitos fundamentais em particular, o que implica reconhecer a necessidade da formatação democrática e participativa de critérios os mais objetivos e transparentes possíveis destas escolhas.

É tão importante tal perspectiva, que o próprio Estado brasileiro, observado o sistema capitalista previsto constitucionalmente, cria estrutura institucional para intervir no mercado, seja para promover o desenvolvimento econômico e a proteção da livre iniciativa, seja para garantir maior equilíbrio entre crescimento econômico e desenvolvimento social.

Como exemplo, tem-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da Secretaria de Direito Econômico, regulamentado pela Lei 8884/94.

Estes aspectos também se projetam para o Direito Privado, em especial no Brasil a partir do Novo Código Civil, fazendo com que a autonomia privada passe a conviver com o princípio da boa-fé objetiva (CC, arts. 113, 187 e 422), que pode fazer surgir deveres instrumentais, laterais, que não foram previstos ou desejados pelas partes (ou por uma delas); a obrigatoriedade do contrato é atenuada em razão do princípio da justiça contratual ou equilíbrio econômico do contrato, o que permite a anulação, resolução ou revisão dos contratos, mediante a aplicação de institutos, como a lesão, estado de perigo, imprevisão, base objetiva do negócio jurídico, excessiva onerosidade superveniente (arts. 156, 157, 317 e 478 do CC, além do art. 6º, V, e 51 do CDC), sendo a relatividade dos efeitos do contrato é atingida pelo princípio da função social (art. 421).

Assim, os princípios constitucionais alcançam todas as relações jurídicas, fundamentalmente econômicas, sejam públicas ou privadas, e por esta razão apresentam-se como filtros de validade das mesmas.

Uma vez que (nem por definição de essência e nem por definição normativa) o mercado e/ou a livre iniciativa não têm por finalidade imediata a busca da existência digna de todos, e nem atuam conforme ditames de justiça social, então esse papel somente pode caber ao Estado (art. 170, caput, CF 1988).

Conforme a Constituição de 1988, existem algumas atividades econômicas que sequer estão ao livre alcance dos particulares, vez que incumbem ao próprio Estado e, portanto, são inerentes a ele: os serviços públicos (art. 175, CF 1988).

Atividades econômicas stricto sensu

atividades econômicas stricto sensu são atividades que o Estado reconhece como inerentes à iniciativa privada (art. 5º, XIII c/c art. 170, caput, CF 1988). Assim, só excepcionalmente o Estado explora ele próprio tais atividades (art. 173, CF 1988). As atividades econômicas privadas têm por base fundante um regime jurídico-econômico baseado na aceitação da divisão entre trabalho

e livre iniciativa (ou: trabalho e capital), na forma do art. 170, *caput*, CF/88, tratando-se, portanto, de um regime econômico capitalista.

Definição negativa ou residual de atividade econômica

quais atividades são consideradas «econômicas» e, portanto, de livre acesso aos particulares, responde-se de modo residual: não se tratando de serviço público em sentido amplo (isto é: de atividade ou função exclusiva do Estado, como a atividade legislativa), ou de serviço público em sentido estrito (art. 175 da CF/88), todas as demais atividades são juridicamente conceituadas como pertencentes ao âmbito econômico. Forma-se, com isso, uma dicotomia: serviços públicos têm como titular o Estado; atividades econômicas têm como titular os particulares, tendo, pois, a característica básica de constituírem atividades «privadas». Porém, a Constituição de 1988 também subtraiu do livre acesso aos particulares algumas atividades econômicas específicas, estando elas, por motivos de política constitucional, submetidas a um regime de monopólio estatal (art. 177 da CF/88). Tem-se, pois, que atividades econômicas livremente acessíveis aos particulares são todas aquelas que residualmente não constituem serviço público e nem constituem atividade econômica monopolizada em favor do Estado.

Exercício da atividade econômica

o acesso a uma atividade econômica não se confunde com o exercício propriamente dito dessa atividade pelos particulares. Significa dizer que o exercício de atividade econômica pelos particulares não está entregue à «mão invisível do mercado». Logo, só é juridicamente válida a atividade econômica por particular se em obediência aos princípios gerais arrolados no art. 170 da CF/88, bem como em obediência às demais normas constitucionais e à legislação ordinária que concretizam aqueles princípios. Relativamente ao papel do Estado na concretização (e preservação) desses princípios, atua ele como «agente normativo e regulador da atividade econômica» privada.

Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica

A Constituição prevê, no art. 174, que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Uma controvérsia é se o Estado, enquanto agente normativo e regulador, pode intervir de modo ilimitado no âmbito da atividade econômica privada. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que a Constituição é clara ao autorizar a intervenção estatal na economia, por meio de regulamentação e regulação de setores econômicos, porém esta intervenção deve observar os princípios constitucionais da livre iniciativa, fundamento da República e da Ordem Econômica, não podendo o Estado, ao intervir no domínio econômico, desprestigiar liberdades públicas e causar prejuízos aos particulares.

Enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções passíveis de exercício pela Administração Pública são de três ordens:

a) FUNÇÃO DE FISCALIZAÇÃO – Trata-se de espécie de atividade de polícia («poder de polícia»). Fiscalizar significa controlar o exercício da atividade econômica por parte dos particulares, a qual deve necessariamente ser exercida com base nos princípios retores previstos no art. 170, caput, da CF/88.

b) FUNÇÃO DE INCENTIVO – Trata-se do conjunto de medidas estatais que possuem caráter de prestação ou benefício, como, por exemplo, subvenções e incentivos fiscais, empréstimos públicos, facilidades para instalação de atividades econômicas (distritos industriais, realização de obras de infraestrutura, etc.). Exemplos: incentivos de caráter fiscal (art. 150, § 6º, da CF/88), proteção de microempresas (art. 170, inciso IX + art. 179 da CF/88), fomento de atividades específicas (art. 180 da CF/88: turismo como atividade econômica e/ou geradora de renda).

c) FUNÇÃO DE PLANEJAMENTO – Trata-se da função de planificação da economia, com o estabelecimento de metas e meios relativos ao

exercício da atividade econômica. O planejamento da atividade econômica vincula apenas as entidades estatais, sendo não vinculante para os particulares (expressão «*indicativo*» do *caput* do art. 174 da CF/88, parte final). A não-vinculação tem por consequência que os particulares não podem ser obrigados a cumprir planos e metas estatais no âmbito da atividade econômica. A adesão ao planejamento estatal deve dar-se por ato de vontade do próprio particular. Do mesmo, modo não pode o Estado obrigar a um particular a exercer uma ou outra atividade econômica *in concreto*, bem como não pode obrigar o particular a direcionar sua atividade para determinados fins ou metas («*dirigismo econômico*»). Exemplo: exigir de uma empresa agropecuária que plante só um determinado tipo de cereal; exigir de uma fábrica que produza determinados produtos.

Por consequência lógica, resta, portanto, ao Estado, uma vez que não pode obrigar ao particular a aderir à sua política econômica, fazer então o papel de «*indutor*» de atividade econômica. Pretendendo ele que um determinado cereal seja plantado, por motivos de política econômica de governo, poderá ou deverá fazê-lo através da instituição de incentivos e benefícios ao particular que plantar esse cereal («*função de incentivo*»).

Estado como agente explorador de atividade econômica

Em seu art. 173, a Constituição dispõe que, ressalvados os casos previstos expressamente, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Esse dispositivo permite que o Estado possa exercer atividades econômicas em regime de concorrência com os particulares (exemplos: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal).

a) PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE – Da gramática do art. 173 da CF/88 (expressão «*só será permitida quando*») resta claro que a participação direta do Estado na atividade econômica («*Estado-empresário*»), isto é, como agente explorador da atividade econômica em regime de monopólio (art. 177 da CF/88) ou em regime de concorrência com a

iniciativa privada, somente pode-se dar de maneira subsidiária, ou seja: quando presente ou o requisito «*imperativos da segurança nacional*» ou o requisito «*relevante interesse coletivo*». Esses conceitos jurídicos indeterminados são, por sua vez, regidos pelo princípio da «reserva legal», cabendo à lei ordinária enumerar os casos em que se considera existir «*imperativos da segurança nacional*» ou «*relevante interesse coletivo*».

b) FORMAS DE PARTICIPAÇÃO – Para intervir diretamente na atividade econômica, que, por força do princípio da subsidiariedade, é atividade tipicamente privada, o Estado deve valer-se necessariamente de pessoas regidas pelo Direito privado: ou por meio de empresas públicas ou por meio de sociedades de economia mista («empresas estatais» – art. 173, § 1º, inciso II, da CF/88). A razão para a obrigatoriedade do uso de pessoas jurídicas regidas sob o Direito privado está no princípio da «igualdade de armas»: se o Estado pudesse se valer de formas de Direito público (exemplo: autarquia), isso traria consigo desigualdade material na concorrência com as entidades da iniciativa privada, vez que aquelas entidades estatais gozam de uma série de imunidades e privilégios (imunidade de impostos, prazos processuais dobrados ou mesmo em quádruplo, etc.), as quais os particulares não possuem. Assim, explorando o Estado atividade que é típica dos particulares, deve ele explorá-la mediante formas de Direito privado.

Por outro lado, isso não exclui que certas normas de Direito público incidam sobre tais pessoas estatais, não obstante seu regime seja de Direito privado. Assim, por exemplo, também elas devem obedecer às normas dos concursos públicos para a contratação de seu pessoal (art. 37, inciso II, da CF/88) ou à norma do teto de remuneração (art. 39, inciso XI, da CF/88).

A exploração direta de atividade econômica pelo Estado via uso de empresas estatais (art. 173 da CF/88) se distingue da prestação de serviços públicos pelo Estado via empresas estatais (art. 175 da CF/88). As atividades econômicas são atividades de caráter privado, embora exercidas subsidiariamente pelo Estado. Neste caso, ao «Estado-empresário» cabe somente o uso de entidades estatais regidas pelo Direito privado. Já serviços públicos são atividades típicas do Estado, o que significa dizer

que atividades consideradas como tais estão, em princípio, vedadas à livre iniciativa, sendo que particulares somente poderão executar atividades qualificadas como serviços públicos se houver uma delegação estatal para tanto (art. 175 da CF/88 – «*sob regime de [contrato de] concessão ou permissão, sempre através de licitação*»).

Logo, como o Estado é o próprio titular dos serviços públicos, sendo que, para sua prestação, ele pode se valer tanto das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista (exemplos: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT; Caixa Econômica Federal), quanto de pessoas regidas pelo Direito público, como autarquias e fundações (exemplos: Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Agências Reguladoras).

Monopólio de atividades econômicas – art. 177 Da cf/88

as atividades monopolizadas não se confundem com serviços públicos, correspondendo a atividades econômicas subtraídas do âmbito da livre iniciativa.

Antes da Emenda nº 9/95, que modificou os parágrafos do art. 177 da CF/88, monopólio era atividade econômica totalmente vedada aos particulares. Nesse sentido, o texto original do art. 177, § 1º, da CF/88 previa que «*O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º*».

A Emenda nº 09/95 deu ao regime de monopólio a mesma sistemática dos serviços públicos: a) titularidade estatal do monopólio; b) possibilidade de exploração da atividade por entidades da administração indireta via outorga (criação de empresa pública ou sociedade de economia mista para sua exploração) ou mesmo por particulares, via delegação mediante contrato com o particular (art. 177, § 1º c/c § 2º, inciso II, da CF/88).

Função social da propriedade e modalidades de desapropriação

complementando as possibilidades de atuação do Estado, têm-se prevista na Constituição de 1988 a noção de «função social da propriedade» (art. 5, inciso XXII + art. 170, inciso III, da CF/88), indicada tanto no capítulo dos direitos fundamentais – qualificando o próprio direito fundamental de propriedade – quanto no capítulo da «ordem econômica», funcionando como princípio norteador das atividades dessa natureza. Com isso, abre-se espaço para uma perspectiva mais social do capitalismo, bem como instrumentalizam-se diversas restrições à propriedade previstas no âmbito do Direito Administrativo (ocupação temporária, requisição, servidão, tombamento, desapropriação).

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de desapropriação em três hipóteses: a) necessidade pública; b) utilidade pública; c) interesse social (incluída aí a desapropriação para fins de reforma agrária pela União – art. 184 da CF/88).

3 Modelo político y sistema de gobierno

O sistema de governo previsto na Constituição de 1988 é o presidencialista, sendo o presidente eleito, por meio de voto direto, para um mandato de quatro anos, sendo possível uma reeleição. O vicepresidente é parte integrante da chapa eleita, sendo o seu substituto em caso de ausência ou de afastamento.

O Congresso Nacional é bicameral, sendo composto do Senado Federal (representação dos Estados e do Distrito Federal, com eleição por meio de voto direto e mandato de oito anos, sendo possíveis sucessivas reeleições) e pela Câmara dos Deputados (representação da população, com eleição por meio de voto direto e mandato de quatro anos, sendo possíveis sucessivas reeleições). A composição da Câmara dos Deputados é calculada de forma proporcional (arts. 44 e 45).

O poder legislativo, no âmbito da União, é exercido pelo Congresso Nacional, não havendo outros órgãos com tal competência, embora outros

órgãos da Administração Pública possam emitir Regulamentos e instituir seus Regimentos, no âmbito de suas competências.

Além disso, por tratar-se de um modelo federativo, em face da autonomia reconhecida aos entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios), estes possuem seus próprios Legislativos (Assembleia Legislativa no âmbito dos Estados e Câmara de Vereadores no âmbito dos Municípios), cada qual com eleição por meio de voto direto e com mandato de quatro anos, sendo possíveis sucessivas reeleições.

O Brasil, ainda que tendo por base uma Constituição democrática e que tem por fundamento um complexo sistema de «freios e contrapesos», com base na separação de Poderes e no controle recíproco entre eles, tem sido exemplo do «hiperpresidencialismo» característico dos países da América Latina, em razão, em grande parte, de sua tradição histórica associada a governos centralizadores (além de uma significativa concentração de poderes e de funções na figura da União, apesar do modelo federativo). Isto se evidencia pelo uso desmedido e exagerado do recurso da Medida Provisória, vulgarizando-se o seu caráter de excepcionalidade e urgência.

Nesse sentido, em que pese a temporalidade da medida e a necessidade de sua aprovação pelo Congresso Nacional para converter-se em lei, a jurisprudência tem sido pacífica no sentido de impossibilidade de controle jurisdicional em relação aos conceitos de «excepcionalidade» e de «urgência», inserindo-os no âmbito das «*political questions*».

Outro aspecto marcante na esfera política brasileira tem sido a ocorrência do assim chamado «presidencialismo de coalisão», em que se faz necessária a negociação e troca de favores entre o Executivo e o Legislativo para a aprovação das pautas de interesse, com vistas à governabilidade do país.

Na Constituição de 1988, o tema do *impeachment* é tratado nos artigos 85 e 86, sendo regulamentado pela Lei 1.079/50 (recepcionada, em grande parte, pela Constituição, conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal por ocasião do processo de *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello, em 1992), com as modificações introduzidas pela Lei 10.028/2000.

Por tratar-se de um sistema de governo presidencialista, o Presidente da República responde tanto pela função de chefe de Estado (art. 85, incisos I a IV, da CF/88) quanto pela de chefe de Governo (art. 85, incisos V a VIII, da CF/88).

No âmbito de um sistema presidencialista, o *impeachment* não assume a mesma natureza que a «moção de desconfiança» ou censura própria dos sistemas parlamentaristas. Ainda que se trate de uma responsabilização de natureza política, o ato questionado deve estar previsto como tal na Constituição e ser expressamente tipificado na lei como ensejador de um crime de responsabilidade (noção de legalidade e de reserva de lei, sendo a competência para legislar sobre a matéria privativa da União – Súmula Vinculante n. 46 do Supremo Tribunal Federal). Importante destacar, ainda, que, para sua conformação, o ato deve ser praticado na vigência do mandato presidencial.

Os assim chamados «crimes de responsabilidade» se distinguem, por sua vez, dos «crimes comuns» praticados pelo presidente da República.

Crimes de responsabilidade: são infrações político-administrativas praticadas pelo presidente e definidas em lei, cuja competência para julgamento corresponde ao Senado Federal, sendo a sua sanção política.

Crimes comuns: são aqueles definidos pela lei penal, com a especificidade de serem cometidos pelo chefe do Executivo durante ou em razão do seu mandato, sendo a competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal (sanção jurídica).

O proceso de julgamento dos «crimes de responsabilidade» do presidente da República é dividido em duas fases distintas:

a) recebimento da denúncia – que pode ser feita por qualquer cidadão – pela Câmara dos Deputados (juízo de admissibilidade, autorizam ou não o julgamento pelo Senado Federal, por decisão de 2/3 dos seus membros, em votação nominal);

b) julgamento pelo Senado Federal, neste ato presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 de seus membros, em votação nominal.

Trata-se, por conseguinte, de um juízo complexo, que combina atos das duas Casas Legislativas, como se pode identificar no esquema abaixo:

Cámara de los Diputados	Juicio de admisibilidad de la denuncia	<ul style="list-style-type: none"> • Cualquier ciudadano • Admisibilidad inicial es de la Presidencia • NO hay defensa previa del denunciado por ocasión del recibimiento de la denuncia
	Creación de comisión especial para apreciación de la denuncia y formulación de parecer	<ul style="list-style-type: none"> • Instituida por la Presidencia de la Cámara de los Diputados • Representación proporcional de partidos políticos o de grupos parlamentares • Prohibición de candidaturas avulsas • Elección por medio de votación abierta
	Acusado tiene el plazo de 10 sesiones para presentar su defensa para la Comisión Especial	<ul style="list-style-type: none"> • Comisión es responsable por la instrucción del proceso • La defensa debe manifestarse por último • Comisión elabora un reporte
	Recibimiento de la denuncia	<ul style="list-style-type: none"> • Aprobación por 2/3 de los miembros de la Cámara de los Diputados • Votación nominal
Senado Federal	Senado constituye una comisión especial	<ul style="list-style-type: none"> • Senado NO queda vinculado a la decisión de recibimiento de la denuncia por la Cámara de los Diputados • Emisión de parecer previo • El interrogatorio del acusado el el último acto de instrucción
	Juzgamiento	<ul style="list-style-type: none"> • Presidido por el presidente del Supremo Tribunal Federal • Condenación por 2/3 de los miembros del Senado Federal

4. Democracia y participación

Ao configurar-se como um Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 consagra, também, a noção de soberania popular (art. 1º, parágrafo único), reforçada pelos próprios fundamentos da República, que incluem a cidadania e o pluralismo político (art. 1º, incisos II e V).

Além disso, a Constituição de 1988 combina a lógica da democracia representativa (por meio do voto direto universal para todos os cargos eletivos, em todas as instâncias federativas, tanto no âmbito do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo – obrigatório, sendo facultativo

apenas para os analfabetos, os idosos e os adolescentes entre 16 e 18 anos) com elementos da democracia direta (plebiscito e referendo), bem como por meio da adoção e previsão constitucional de uma série de Conselhos (notadamente na esfera municipal), para participação social em temas estratégicos como saúde, educação, crianças e adolescentes, dentre outros.

5. Justicia Constitucional

O «guardião da Constituição» é o Supremo Tribunal Federal, que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, não se tratando, portanto, de um Tribunal Constitucional propriamente dito. O Brasil adota, de forma bastante complexa, um modelo misto de controle de constitucionalidade, como resultado de uma evolução histórica que remonta à instalação da República (1889), com a adoção do modelo difuso, de inspiração norteamericana, associada a uma progressiva incorporação de novos elementos ao longo do tempo, identificados com a lógica concentrada de controle, notadamente a partir da Constituição de 1967 (período do Regime Militar), num processo de progressiva abstrativização, por meio do reforço das ações de natureza concentrada perante o Supremo Tribunal Federal.

Assim, o STF funciona como tribunal originário (determinadas matérias ou pessoas), bem como instância recursal, conforme suas competências fixadas no art. 102 da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal é composto de onze Ministros, dotados de vitaliciedade (aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade), indicados pelo presidente da República, sujeitos a aprovação pelo Senado Federal. No caso do controle concentrado de constitucionalidade, a competência para julgamento das ações é do Plenário, ao passo que, para o exercício de outras competências, é dividido em duas Turmas, compostas de cinco Ministros cada, com competências indistintas.

Importante mencionar o aspecto de legitimidade ativa ampla para a propositura das ações no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, que, apesar de não haver ação diretamente disponível para manejo por parte do cidadão perante o Supremo Tribunal Federal, permite

que mais atores políticos e sociais atuem na função de fiscalização e de preservação dos conteúdos constitucionais.

Neste cenário, especialmente os partidos políticos têm se destacado no exercício de sua prerrogativa constitucional, propondo ações sobre os mais diversos temas. Especialmente no cenário de crise da pandemia, por exemplo, a totalidade das ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face das Medidas Provisórias adotadas pelo presidente da República para combate à crise sanitária foi proposta por partidos.

Com a redemocratização do país, a jurisdição constitucional teve novo impulso, pois a Constituição de 1988 manteve os mecanismos de controle de constitucionalidade das Constituições anteriores, potencializando-os, e instituindo, ainda, a figura da inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º da CF/88), bem como ampliando³ o rol de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, razão pela qual se pode afirmar que os avanços brasileiros nesta seara se dão no sentido de intensificação da jurisdição concentrada, embora permaneça o controle difuso.

Tem-se, por conseguinte, na Constituição brasileira vigente, uma conjugação do modelo norte-americano com o modelo europeu de justiça constitucional, que combina os critérios difuso e concentrado; em ambos os casos, entretanto, compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, seja pela via recursal (Recurso Extraordinário), seja pela via direta⁴, podendo-se sustentar, assim, que ele desempenha, a um só tempo, o papel de Suprema Corte e de Tribunal Constitucional.

.....
 3 Antes, essa legitimação era tão-somente do Procurador-Geral da República; com a Constituição de 1988, ela foi estendida ao presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas dos Estados, ao Governador do Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partidos políticos com representação no Congresso Nacional e aos sindicatos ou entidades de classe de âmbito nacional.

4 No âmbito do controle difuso, esta atuação se dá pela via do Recurso Extraordinário, em que o Supremo Tribunal Federal atua como verdadeira instância recursal, apreciando a constitucionalidade de determinados dispositivos legais em face de casos concretos, aos moldes da Suprema Corte norte-americana; já

O objeto das ações do controle de concentrado de constitucionalidade é bastante abrangente, abarcando desde atos normativos abstratos até atos concretos do Poder Público; tanto ações quanto omissões; aplicando-se a leis nacionais, estaduais e municipais, conforme o caso.

Controle concentrado (STF-Pleno)	Objeto	Parâmetro
Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)	<ul style="list-style-type: none"> normas abstratas federais ou estaduais apenas normas posteriores à CF/88 	<ul style="list-style-type: none"> qualquer dispositivo da Constituição
Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)	<ul style="list-style-type: none"> omissão do legislador em face de sua obrigação constitucional expressa de regulamentar determinada matéria 	<ul style="list-style-type: none"> apenas normas constitucionais de eficácia contida impositivas
Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)	<ul style="list-style-type: none"> normas abstratas apenas normas federais → exigência de controvérsia interpretativa apenas normas posteriores à CF/88 	<ul style="list-style-type: none"> qualquer dispositivo da Constituição
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)	<ul style="list-style-type: none"> normas abstratas + atos concretos do Poder Público federais, estaduais ou municipais anteriores ou posteriores à CF/88 OBS.: ação subsidiária 	<ul style="list-style-type: none"> «preceito fundamental» da Constituição

O reconhecimento da complexidade associada à interpretação e aplicação da Constituição, conduz, por seu turno, à necessidade de se ampliarem os mecanismos de conhecimento da realidade por parte dos julgadores, o que levou à instituição de alguns dispositivos destinados à abertura do processo constitucional (como é o caso do *amicus curiae* e da convocação de audiências públicas⁵), que se soma às iniciativas do próprio

.....

no controle concentrado, a competência para o julgamento das ações diretas, de natureza abstrata, é do Pleno, aos moldes dos Tribunais Constitucionais Europeus.

5 Foram realizadas, por exemplo, nos últimos anos, audiências públicas em ações relacionadas a temas como interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54), possibilidade de pesquisas com embriões humanos (ADIn 3.510/DF), regime de cotas raciais para ingresso em universidades públicas (ADPF 186),

Supremo Tribunal Federal no sentido de ampliar os seus meios de contato com a sociedade⁶, visando à «democratização» da jurisdição.

Tanto a Lei 9.868/99⁷ (que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn) como a Lei 9.882/99 (referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF), prevêm a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, que se caracteriza por servir como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos, difíceis ou controversos, ampliando a discussão acerca da matéria, chamando a sua atenção para fatos ou circunstâncias que, via de regra, não seriam considerados no julgamento. Para sua habilitação no processo (cuja autorização está inserida na esfera de discricionariedade do Relator), além da representação processual por meio de advogado, são exigidos apenas dois requisitos: representatividade dos postulantes e relevância da matéria, sendo-lhe facultado apresentar memoriais e fazer sustentação oral⁸.

Não há controle obrigatório de constitucionalidade; a atuação do Supremo Tribunal Federal, neste sentido, se dá sempre mediante provocação.

Da mesma forma, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se dá somente de forma repressiva, ou seja, não é cabível o

.....

fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, dentre outras. Cf. www.stf.jus.br/audienciaspublicas.

6 Podem-se citar como exemplos, neste ponto, as iniciativas – pioneiras – de transmissão ao vivo dos julgamentos realizados pela TV Justiça, assim como a implementação do “Portal do Cidadão” no sítio do Supremo Tribunal Federal, além da inclusão da Corte no ambiente virtual, por meio do “YouTube”, onde podem ser acessados os vídeos com os julgamentos mais importantes, bem como são permitidas perguntas aos Ministros – o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo, na condição de Presidente do STF, respondia semanalmente às questões mais frequentes dos internautas. Detalhes acerca de todas estas informações podem ser acessados em BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Dispõe sobre questões organizacionais, notícias relevantes e conteúdo de julgamentos. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 abr. 2019.

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

8 Art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF, www.stf.jus.br).

questionamento da constitucionalidade de lei ainda não oficialmente aprovada pelo Congresso Nacional, conforme o processo legislativo fixado pela Constituição.

O controle de constitucionalidade preventivo é de natureza política, dando-se por meio da atuação da «Comissão de Constituição e Justiça» das casas legislativas, bem como por meio de veto do presidente da República, que pode ter por fundamento, expressamente, a inconstitucionalidade da lei.

As normas de tratados internacionais sujeitam-se aos mesmos procedimentos das demais leis, não havendo controle obrigatório ou ação específica para essa finalidade.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

O rol de direitos contido na Constituição de 1988 é extenso e abrangente, perpassando pela proteção dos direitos e liberdades individuais e coletivos (art. 5º), em seus mais nada menos do que setenta e oito incisos (que preveem direitos como vida, igualdade, liberdade de expressão, liberdade de reunião, intimidade e privacidade, liberdade de informação, liberdade religiosa, direito de herança, direito de propriedade, garantias processuais – devido processo, legalidade, acesso à justiça, justiça gratuita – ações e *writs* constitucionais de garantia, dentre outros), direitos sociais (normas específicas em relação aos trabalhadores – art. 6º – e também direitos sociais em sentido amplo (saúde, lazer, alimentação adequada, segurança, moradia); também direitos políticos (direito de votar e de ser votado) e coletivos (direito ao meio ambiente, direitos do consumidor, etc.).

Percebe-se, da leitura do «caput» do artigo que serve como base à proteção dos direitos, uma importante preocupação com o direito de igualdade, que se reflete em dois aspectos: a) igualdade na lei (exigência destinada ao legislador, que, ao criar a lei, não pode nela incluir fatores de discriminação); b) igualdade perante a lei (uma vez elaborada a lei, os

poderes públicos não podem aplicá-la com base em critérios seletivos ou discriminatórios).

O princípio da igualdade estabelece uma previsão de tratamento idêntico por parte da lei, com exceção daquelas situações excepcionais previstas pela própria Constituição que, para garantir a própria igualdade, estabelece discriminações (ex.: proteção do mercado de trabalho da mulher).

O princípio da igualdade traz limitações para o legislador (observância na elaboração das leis, sob pena de inconstitucionalidade); os Poderes Públicos (evitar desigualdades na aplicação da lei; interpretação), a partir de uma noção de «dever de proteção estatal» (*Schutzpflicht*); particulares (não podem praticar condutas discriminatórias, de qualquer natureza), a partir da noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*), havendo uma tendência de se reconhecer uma noção de vinculação direta e imediata dos particulares.

Decorrências processuais do princípio da igualdade:

Do princípio da igualdade decorrem, ainda, outros direitos previstos pela Constituição:

- proibição de tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII da CF/88) e princípio do juiz natural (art. 5º, inciso LIII da CF/88);
- acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV da CF/88), igualdade à justiça e possibilidade de justiça gratuita e assistência jurídica integral (art. 5º, inciso LXXIV da CF/88);
- princípio da capacidade contributiva, isonomia tributária (art. 145, parágrafo 1º da CF/88) → faixas distintas de contribuição para o Imposto de Renda (ver decisão do *Bundesverfassungsgericht* alemão, que diz que a base contributiva não são os vencimentos, mas a real capacidade contributiva);
- proibição de diferenciação de salários em virtude da idade (art. 7º, inciso XXX da CF/88) ou requisito mínimo de idade para contratação fora dos limites constitucionais.

Igualdade x limitação de idade em concurso público:

Da previsão constitucional do direito de igualdade decorrem outros direitos, reconhecidos jurisprudencialmente, tais como:

Idade: a proibição de limitação de idade em concursos públicos (com base no art. 7º, inciso XXX da CF/88), somente sendo consideradas constitucionais aquelas situações em que a limitação de idade é justificada pela natureza e pelas atribuições do cargo.

Deficiência física: «não ofende a qualquer princípio jurídico ou postulado de igualdade o ato judicial que autoriza o candidato com pequena disfunção motora a executar a prova de datilografia em máquina elétrica» (STJ, 6ª Turma, RMS 5.121-0/BA, Rel. Ministro William Patterson, 15/04/1996).

Educação: «Colégio Militar. Inscrição de filhos de civis. Violação do princípio da isonomia e do direito à informação de dados. O regulamento de admissão do Colégio Militar afronta diretamente o princípio da isonomia e do direito à informação de dados. Direito líquido e certo dos impetrantes ao ingresso no Colégio Militar, por terem obtido aprovação tanto nos exames finais como nos exames médicos e por terem obtido classificação superior à de outros que foram matriculados» (TRF-2, 3ª Turma, MS 92.02.14191/RJ, Rel. Juiz Paulo Barata, 19/09/1995).

Concurso Notarial e Registral: «Por vislumbrar ofensa aos princípios do concurso público (CF, art. 37, II) e da isonomia (CF, art. 5º, caput), o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III e X do art. 16 e do inciso I do art. 22, ambos da Lei 11.183/98, daquele Estado, que, dispondo sobre concurso de ingresso e remoção nos serviços notarial e de registro, estabelecem, respectivamente, como títulos de concurso público, atividades relacionadas a esses serviços, e, como critério de desempate entre candidatos, a preferência para o mais antigo na titularidade dos mesmos. Entendeu-se que os dispositivos impugnados estabelecem tratamento diferenciado que se afasta dos objetivos da exigência do concurso público, já que fixam critério arbitrário de sobrevalorização dos títulos da atividade cartorária,

conferindo privilégio a um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais» (ADI 3.522, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo 407).

Atividade pública como título: «Constitucional. Concurso público. Regulamento nº 7/2004, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, incisos I e II do art. 31. Prova de títulos: exercício de funções públicas. Viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública» (ADI 3.443, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 23/09/05).

Altura mínima para delegado: «Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência» (RE 140.889, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 15/12/00).

Altura mínima para escrivão de polícia: «Concurso Público — Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado» (RE 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07/05/99). No mesmo sentido: AI 384.050-AgR, DJ 10/10/03; RE 194.952.

Igualdade x processo:

Prazo em dobro para o Estado: «O benefício do prazo recursal em dobro outorgado às pessoas estatais, por traduzir prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público, não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes» (STF, 1ª Turma, Rextr. nº 181.138/SP, Rel. Ministro Cels de Mello, 12/05/1995).

Prazo em dobro para a Defensoria Pública: «Não viola o princípio da isonomia a concessão em dobro para o defensor público que exerce múnus constitucional na defesa dos necessitados» (STJ, 3ª Turma, Resp. nº 24.196-4/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, 30/11/1992).

OBS: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem uma decisão em que considerou a aplicação do prazo em dobro para a defensoria pública constitucional (não considerando o recurso intempestivo) em uma ação de *habeas corpus* até sua organização no RS.

Contraditório: «O simples equívoco na indicação da norma legal vulnerada não deve servir de obstáculo à apreciação do recurso especial quando nítido o teor da impugnação. (...) A igualdade não ocorre quando uma das partes se vê cerceada em seu direito de produzir prova ou debater a que se produziu» (STJ, 4ª Turma, REsp. nº 998/PA, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, 20/11/1989).

Isonomia entre homens e mulheres:

a Constituição de 1988 traz inciso expresso relativo à proteção da igualdade entre homens e mulheres, trazendo inúmeras repercussões.

Não se admitem situações de discriminação (estabelecer privilégios, discriminação com base no fator sexo), porém se admitem distinções quando o objetivo for o de corrigir eventuais desigualdades, havendo diferenças previstas pela própria Constituição:

- licença gestante (art. 7º, inciso XVIII da CF/88);
- aposentadoria (art. 40, parágrafo 1º, inciso I, «a» e «b» da CF/88 + art. 201, parágrafo 7º da CF/88);
- serviço militar (art. 143, parágrafo 2º da CF/88).

Também neste âmbito uma série de desdobramentos da previsão constitucional foi sendo construída jurisprudencialmente, já desde os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988.

Alimentos: «Alimentos – Exclusão da ex-esposa – Admissibilidade – Alimentada que desfruta de condições físicas e mentais para o trabalho – Princípio constitucional da igualdade – Mulher que deve concorrer para o seu sustento e o da prole – Verba não mais devida» (TJSP, Rel. Des. Barbosa Pereira, 29/04/1994).

Aposentadoria rural: «Em face da nova ordem constitucional, a exigência de conceder-se o benefício somente ao chefe ou arrimo da unidade

familiar deixou de existir, uma vez que ficou proibido qualquer tipo de discriminação entre homens e mulheres» (TRF, 2ª Turma, Rel. Juiz Jirair Aram Megueriam, 20/02/1992).

Concurso público: «Concurso público. Livre acesso de homens e mulheres. Critério de admissão. Sexo. A regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo – art. 5º, inciso I e art. 39, parágrafo 2º da CF/88. A exceção corre à conta das hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem socioconstitucional. O concurso público para preenchimento de vagas existentes no oficialato da Polícia Militar, no Quadro de Saúde – primeiro-tenente, médico e dentista – enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo» (STF, 2ª Turma, Rextr. nº 120.305-6/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, 09/06/1995).

Direitos sociais

Ainda que o texto classifique o modelo de Estado adotado como «Democrático de Direito»⁹, e não propriamente como um «Estado Social», não restam dúvidas de que os aspectos a ele relacionados ocupam papel de destaque na ordem constitucional brasileira. Tal fato resta evidenciado não apenas nos objetivos fundamentais elencados no art. 3º, mas também pela incorporação de um amplo espectro de direitos sociais (art. 6º).

A própria Carta se encarrega, portanto, de ir retomando e delimitando as esferas de proteção destinadas a cada um desses conteúdos. No caso da saúde, por exemplo, que se constitui no principal foco de análise do presente trabalho, as disposições estão contidas em seção específica, contida no título da ordem social, podendo-se ler que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

.....
 9 Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

Essa prestação do direito à saúde é feita, por sua vez, por meio do assim chamado Sistema Único de Saúde – SUS, gerido, de forma compartilhada, pelas três esferas federativas (União, Estados e Municípios), que têm fixadas pelo próprio dispositivo constitucional os percentuais mínimos e recursos a serem obrigatoriamente aplicados em cada uma dessas esferas (art. 200).

O acesso ao SUS é universal e integral (ainda que não haja vedação de assistência privada), ou seja, ele se propõe a atender a todos, indistintamente, e não apenas aos necessitados¹⁰, abrangendo tanto ações preventivas quanto assistenciais.

Trata-se, portanto, de um direito de natureza notadamente prestacional, que tem sido objeto de reiteradas demandas judiciais, que envolvem desde o custeio de medicamentos e tratamentos de alto custo (inclusive no exterior), passando pelo fornecimento de fraldas descartáveis e de próteses, indo até a criação e reserva de vagas em hospitais e/ou em unidades de terapia intensiva, fenômeno este que se convencionou chamar de «judicialização da saúde»¹¹.

As decisões tendem, em sua maioria, a reconhecer o dever do Estado, considerando existir solidariedade entre os entes federados (União, Estados e Municípios), sendo irrelevante, para tanto, contra quem as ações são propostas ou a quem compete, funcionalmente, a prestação pleiteada. Emblemático, nesse sentido, o julgamento feito pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de março de 2010, conhecido como «decisão da

.....

10 Neste sentido, a Constituição democrática de 1988 avançou significativamente em relação ao modelo anterior, incorporado pela Constituição brasileira de 1967, que previa a assistência à saúde apenas aos “necessitados”.

11 A «judicialização da saúde» pode ser compreendida como um fenômeno que se caracteriza por diferentes aspectos, dentre os quais se podem destacar os seguintes: a) grande quantidade de demandas judiciais versando sobre prestações relacionadas ao direito à saúde; b) forte atuação do Poder Judiciário no sentido de determinação do fornecimento de medicamentos e de tratamentos de alto custo aos Poderes Públicos, interferindo, em certa medida, em suas alocações orçamentárias; c) tendência de utilização do Judiciário como «primeira opção» para a satisfação do direito, em detrimento das vias administrativas convencionais, e não como «última ratio».

saúde»¹², no qual ficou assentado, em suma, por unanimidade de votos, que a saúde se constitui em direito público subjetivo, impondo-se ao Poder Público custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a Justiça agir quando o poder público deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição.”

Direito de nacionalidade

A Constituição brasileira adota o critério do *jus solis* (embora haja algumas exceções, em casos específicos). Assim, são considerados brasileiros (nacionalidade originária):

- os nascidos no Brasil (ainda que de pais estrangeiros – desde que não estejam a serviço de seu país);
- os filhos de brasileiros a serviço do Brasil, nascidos no exterior;
- os filhos de brasileiros nascidos no exterior (residência + opção).

Os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país: em regra, basta ter nascido no território brasileiro para ser considerado brasileiro nato, isto é, para ser detentor da nacionalidade originária brasileira (mesmo que os pais sejam estrangeiros).

Exceção: somente não recebem a nacionalidade originária brasileira aqueles nascidos no território brasileiro que sejam filhos de estrangeiros a serviço de seu país:

- ambos os pais estrangeiros (se um dos pais for brasileiro, a nacionalidade será a brasileira);

.....

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Íntegra do voto das Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47. Versam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. Min. Relator Gilmar Ferreira Mendes, julgadas em 16 de março de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 17 mar. 2010. p. 13.

- pelo menos algum dos pais estrangeiros deve estar a serviço de seu país de origem (deve ser serviço público, as atividades privadas não contam + a serviço do país de origem, próprio, e não de qualquer outro).

Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil: trata-se de uma exceção ao critério do «jus solis», em virtude de um aspecto funcional.

Neste caso, estando algum dos pais fora do Brasil em virtude de serviço prestado ao próprio Estado brasileiro, abre-se a exceção de considerar também os seus filhos como brasileiros.

Requisitos:

- ser filho de pai ou mãe brasileira (basta um dos pais nesta situação, não precisam ser os dois) → critério sanguíneo;
- pai ou mãe a serviço do Brasil (a atividade, neste caso, deve ser pública – em qualquer nível ou instância, tais como administração direta ou indireta, da União, Estados, Municípios ou Distrito Federal).

Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira: é a chamada «nacionalidade potestativa».

Estes critérios foram alterados/introduzidos pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3/94 (que alterou o texto original da Constituição, que estipulava que a residência no Brasil deveria ocorrer antes da maioridade).

Requisitos:

- nascimento no exterior;
- filho de pai ou mãe brasileira que não esteja a serviço do Brasil (do contrário, a situação enquadrar-se-ia no critério anterior);
- fixação de residência no Brasil (a qualquer tempo);
- opção pela nacionalidade brasileira (a qualquer tempo).

Opção: trata-se de uma declaração unilateral de vontade.

Neste caso, havendo a opção, obtém-se a condição de brasileiro nato. O exercício do direito de opção pressupõe e demanda plena capacidade (se for menor incapaz, a confirmação somente se dá após completada a maioridade; até a maioridade, o menor é considerado brasileiro nato, para todos os efeitos), constituindo-se em um direito personalíssimo. Neste caso, a condição suspensiva somente se inicia com a maioridade. Desta forma, a nacionalidade brasileira já é adquirida desde a fixação da residência no Brasil, porém fica condicionada à confirmação da opção, após completada a maioridade.

Esta situação é importante porque gera alguns efeitos práticos, como no caso da extradição, por exemplo (se a nacionalidade brasileira já existe desde logo, ainda que sem confirmação, fica excluída, portanto, a hipótese de extradição – vedada para nacionais).

Naturalização ordinária: é a forma tradicional, normal, de naturalização. Possui caráter administrativo (o procedimento corre perante o Ministério da Justiça e tem decisão final do presidente da República) + jurisdicional (o certificado de naturalização deve ser entregue por magistrado competente – sentença).

Enquanto não houver esta entrega do certificado, a nacionalidade brasileira ainda não está adquirida; isto traz repercussões para a extradição, por exemplo (depois de naturalizado, não cabe mais a extradição).

Requisitos:

- capacidade civil segundo a lei brasileira;
- possuir visto permanente;
- residência contínua de quatro anos no Brasil;
- ler e escrever em português;
- boa conduta e boa saúde;
- exercício de profissão ou posse de bens suficientes à manutenção própria e/ou da família;
- bom procedimento;

- inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso com pena mínima de prisão superior a um ano (em abstrato).

Originários de países de língua portuguesa (excluídos os portugueses residentes no Brasil): esta espécie de naturalização prevê requisitos distintos daqueles exigidos para a naturalização tradicional, menos brandos:

- residência de um ano ininterrupto no Brasil;
- idoneidade moral;
- capacidade civil (pois a aquisição da nacionalidade constitui um ato de vontade).

Portugueses residentes no Brasil: a Constituição reconhece, aos portugueses residentes no Brasil, os mesmos direitos atribuídos aos naturalizados brasileiros (desde que haja reciprocidade, isto é, desde que a mesma prerrogativa seja concedida aos brasileiros residentes em Portugal).

Não se trata, contudo, de naturalização propriamente dita, pois, neste caso, a nacionalidade continua sendo portuguesa. O órgão competente para a atribuição destes direitos é o Ministério da Justiça.

Para que haja possibilidade de exercício dos direitos políticos, deve haver requerimento expresso à Justiça Eleitoral e residência de, no mínimo, cinco anos no Brasil.

Para haver a naturalização propriamente dita, devem-se observar todos os requisitos exigidos para os estrangeiros provenientes de países de língua portuguesa. Assim, neste caso, tem-se uma situação de dupla cidadania.

Direitos transindividuais

A Constituição de 1988 inovou ao incorporar direitos transindividuais e difusos, estabelecendo o «meio ambiente equilibrado» como um verdadeiro direito fundamental (embora não expressamente previsto no rol dos direitos contido no art. 5º). Nessa linha, percebe-se a incorporação de uma noção de «dever de proteção estatal» na proteção do

meio ambiente, que se constitui em tarefa obrigatória e vinculante aos poderes públicos, aí incluída a noção de «dever de proteção de riscos» (*Risikopflicht*), uma vez que o texto constitucional remete também ao direito das futuras gerações. Os deveres atribuídos ao Estado no sentido de efetivação desse direito vêm especificados nos incisos do parágrafo 1º do art. 225, englobando tanto a adoção de medidas específicas (fiscalização, regulamentação) quanto estruturais (educação para a preservação do meio ambiente).

Interessante observar, contudo, que o legislador constituinte derivado fez uma ponderação entre o meio ambiente e as tradições culturais, estabelecendo, em momento posterior, que ficam autorizadas as práticas envolvendo animais, desde que devidamente regulamentadas e que os interesses dos animais estejam devidamente protegidos (proibição de proteção insuficiente – *Untermassverbot*), com base na proporcionalidade (parágrafo 7º).

Direitos geracionais (crianças, adolescentes e idosos)

A previsão trazida pela Constituição de 1988 para a proteção das crianças e adolescentes é bastante ampla e detalhada, sendo que adota a «teoria da proteção integral», que os considera como prioridade absoluta e como destinatários de uma ampla e inclusiva proteção (não só por parte do Estado, mas também por parte da família e da própria sociedade), reconhecendo a sua fragilidade, tendo-se em vista a sua condição de dignidade e necessidade de fruição de todos os demais direitos assegurados pelo texto constitucional.

A Constituição é expressa ao impor a obrigatoriedade de ampla proteção, atribuindo ao tripé família, sociedade e Estado, a responsabilidade em garantir a observância e assegurar a efetividade dos direitos fundamentais (art. 227).

Essa previsão resultou, por sua vez, na elaboração do «Estatuto da Criança e do Adolescente» (1990), legislação que considera crianças e adolescentes como verdadeiros sujeitos de direitos – e não como mero

objeto de proteção – aspecto que foi imprescindível para que os preceitos constitucionais fossem efetivamente concretizados. A conjugação dos princípios da dignidade humana, como fundamento do Estado Democrático brasileiro, com os princípios que conformam o Direito da Criança e do Adolescente, apresenta-se, portanto, como um dever de agir do Estado no sentido de dar concretude aos direitos humanos e fundamentais da infância.

A mesma noção de proteção se projeta em relação à velhice, estabelecendo um dever tanto para o Estado quanto para as famílias (art. 229 e 230).

Povos indígenas

A proteção especial conferida aos índios vai mais no sentido de reconhecimento de sua organização social e costumes, com destaque para a questão de regulamentação da propriedade, do uso, da exploração e da demarcação de suas terras. Trata-se, mais, de uma proteção do que propriamente de um reconhecimento de sua condição enquanto sujeitos ou grupo minoritário, não havendo, por sua vez, uma política para sua integração à sociedade (no caso dos índios que vão se integrando à «civilização») ou uma manifestação acerca de sua condição de vulnerabilidade, aspecto que poderia ser melhor explorado pelo texto constitucional. Tem-se, portanto, uma perspectiva relativamente paternalista em relação aos povos indígenas, que acabam, na prática, sendo, muitas vezes, desconsiderados em sua dignidade.

Tampouco há a incorporação do direito de serem ouvidos acerca das questões que lhes digam respeito, ficando grande parte dessas deliberações a cargo da «Fundação Nacional do Índio» – FUNAI, cuja presidência é dependente de indicação política pelo presidente da República.

Assim, apesar de contemplar a questão dos indígenas, a Constituição de 1988 é deficitária em relação à sua forma de tratamento, focando sobremaneira nos aspectos operacionais relativos às terras originárias e pouco nos aspectos de sua dignidade e na sua condição de vulnerabilidade.

Apesar desses aspectos, os índios possuem direito de voto e têm garantido intérprete de seu idioma nos atos oficiais perante o Poder Judiciário (audiências, testemunhos, sentenças).

A Constituição brasileira de 1988 prevê, ao tratar dos direitos fundamentais, uma cláusula de abertura.

«Art. 5º, §2º da CF/88: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte».

Em face dessa previsão, durante longo período foram travados debates –tanto teóricos quanto jurisprudenciais– acerca de como se daria a inclusão desses direitos previstos em Tratados Internacionais no rol de direitos fundamentais protegido pela Constituição.

Nesse processo, evidenciaram-se duas teorias distintas, cujos posicionamentos divergentes tinham em sua base concepções diversas sobre a organização da ordem jurídica interna em sua relação com a ordem jurídica internacional: a teoria monista e a teoria dualista.

Para os monistas, a incorporação desses tratados seria automática: uma vez ratificados, passariam a valer juridicamente também no âmbito interno, desfrutando os seus conteúdos do *status* de norma constitucional. Assim, em face da noção de «cláusula constitucional aberta», ter-se-ia uma noção de direitos *materialmente* constitucionais, ou seja, direitos que usufruem de um *status* constitucional, apesar de não estarem formalmente inseridos no texto constitucional propriamente dito. O Brasil possuiria, portanto, um sistema misto de incorporação de tratados, em que os tratados de direitos humanos teriam incorporação automática, valendo como norma constitucional, enquanto os demais seguiriam a lógica dualista.

Já para a teoria dualista os referidos tratados não dispunham de força normativa enquanto não fossem expressamente incorporados mediante

um procedimento legislativo próprio, de modo que passassem a integrar, formalmente, a ordem jurídica interna, aplicando-se aos tratados de direitos humanos a sistemática aplicável aos tratados internacionais em geral.

Algumas parcelas da doutrina, bem como dos Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 74383/MG, Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 22/10/1996), adotavam, amplamente, a posição dualista, atribuindo a esses tratados, na ordem interna, o *status* de mera lei ordinária.

Com o objetivo de dirimir o conflito estabelecido, acabou-se dando um encaminhamento legislativo à questão, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, dispondo que:

«Art. 5º, § 3º, da CF/88: os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais».

Ao especificar, expressamente, que os tratados de direitos humanos devem ser aprovados pelas duas casas do Congresso Nacional, a Emenda Constitucional 45/2004 pôs fim ao debate, revelando uma clara opção pela teoria dualista, traduzindo, portanto, uma posição conservadora e retrógrada no que concerne ao mandamento amplo de proteção desses direitos. De outra banda, o texto é explícito ao determinar que estes dispositivos desfrutem da condição de Emenda Constitucional (e não de norma constitucional originária, sendo passíveis, portanto, inclusive, de serem declaradas inconstitucionais).

Se, de um lado, o citado dispositivo pôs fim a algumas controvérsias, de outro acabou por criar novos problemas e novos desafios.

O primeiro diz respeito à própria possibilidade de controle de constitucionalidade com relação a esses tratados, uma vez que é pacífica, no mesmo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade dessa fiscalização em relação às emendas constitucionais.

Outra controvérsia decorrente da Emenda Constitucional 45/2004 dizia respeito aos Tratados anteriores à sua promulgação, isto é, se também aqueles Tratados ratificados antes de sua vigência necessitariam ser submetidos ao procedimento formal de incorporação. Mais uma vez, a discussão ganhou dimensão concreta e foi objeto de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal, em face da aplicabilidade do Pacto de San José da Costa Rica no tocante à possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Em um primeiro momento, a posição do Supremo Tribunal Federal se perfilhou no sentido da paridade hierárquico-normativa dos instrumentos internacionais com a legislação interna, com base na compreensão esposada pelo Ministro Celso de Mello¹³, da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional 45/2004.

Na sequência, contudo, tal entendimento foi superado, vindo a ser substituído pela tese da hierarquia supralegal –porém infraconstitucional– dos tratados internacionais de direitos humanos anteriormente ratificados e que não tenham sido aprovados pelo procedimento estatuído pelo §3º do art. 5º da Constituição, sustentada, notadamente, pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.¹⁴ Segundo os argumentos aduzidos pelo Ministro, os Tratados e convenções precisam estar, materialmente, de acordo com a Constituição e obedecer ao procedimento formal nela estabelecido, sustentando que uma eventual equiparação entre ambos traria problemas no âmbito do controle de constitucionalidade. Assim, para ele, os Tratados encontram-se acima das leis ordinárias, mas devem «obediência» à Constituição, de modo que sua inserção no ordenamento teria a capacidade de paralisar a norma com eles conflitante, sem, contudo, ser revogada, deixando apenas de ter aplicabilidade.

.....
 13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 96.772/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 09/06/2009

14 Essa mudança foi formalizada, por sua vez, com a edição da Súmula Vinculante n. 25, datada de 16 de dezembro de 2009, que estabelece que «É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito».

No Brasil, a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos e a incorporação da figura do controle de convencionalidade tem se dado de forma bastante tímida, não tanto por problemas relacionados ao desenho institucional da Constituição de 1988, porém pela interpretação e aplicação que têm sido dada a essas questões por parte dos operadores jurídicos.

Writs constitucionais	• Objeto	• Competência
<p><i>Habeas Corpus</i> Art. 5, LXVIII – conceder-se-á <i>habeas corpus</i> sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.</p>	<ul style="list-style-type: none"> liberdade de locomoção 	<ul style="list-style-type: none"> difusa (conforme a autoridade)
<p><i>Habeas Data</i> Art. 5, LXXII – conceder-se-á <i>habeas data</i>:</p> <p>a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;</p> <p>b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> obtenção de informações pessoais em bancos de dados → direito de natureza personalíssima 	<ul style="list-style-type: none"> difusa (conforme o sujeito passivo)
<p><i>Mandado de Segurança</i> (individual e coletivo) Art. 5, LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por <i>habeas corpus</i> ou <i>habeas data</i>, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Art. 5, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:</p> <p>a) partido político com representação no Congresso Nacional;</p> <p>b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.</p>	<ul style="list-style-type: none"> direito «líquido e certo» 	<ul style="list-style-type: none"> difusa (conforme a autoridade coatora)

Writs constitucionais	• Objeto	• Competência
<p><i>Mandado de Injunção</i> Art. 5, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • direito constitucional não regulamentado 	<ul style="list-style-type: none"> • difusa (conforme o responsável pela omissão legislativa)
<p><i>Ação Popular</i> Art. 5, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ato lesivo ao patrimônio público 	<ul style="list-style-type: none"> • difusa (juízo comum ordinário – inclusive contra o presidente da República)
<p><i>Ação Civil Pública</i> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • direitos difusos e coletivos 	<ul style="list-style-type: none"> • difusa

As ações de *habeas corpus* e de *habeas data* são gratuitas, por disposição expressa da Constituição.

■ **CANADÁ**

Profesor Pierre Foucher (u Ottawa)

Profesor Nelson Ovalle (u Ottawa)

Profesor Bernard Duhaime (u du Québec en Montréal-UQAM)

Profesor Pierre Gilles Bélanger (u Ottawa)

El objeto del presente trabajo es mostrar los elementos necesarios para conocer la Constitución canadiense, comprender sus principales instituciones y el sistema político del país, que se describe con mayor detalle en las secciones 1 y 3. En el presente escrito se exponen en términos generales el sistema de fuentes –tanto escritas como no escritas– de la Constitución, la regla del precedente y los principios, así como las facultades atribuidas a los poderes, en especial al Parlamento, y los límites de sus decisiones.

En principio, es importante destacar que el preámbulo del Acta constitucional de Canadá de 1867 establecía que Canadá tendrá una constitución «similar en principio a la del Reino Unido». Por tanto, el Derecho constitucional canadiense es de inspiración británica y del *Common Law*, es decir, se configura por fuentes del Derecho constitucional tanto escritas como no escritas.

El sistema comprende dos tipos de fuentes escritas: las leyes constitucionales y las leyes ordinarias.

Entre las leyes constitucionales, la más importante es el Acta Constitucional de 1867. Se trata de una ley imperial negociada entre los delegados de las colonias fundadoras y el Gobierno inglés que fue adoptada en el Reino Unido en 1867. Su contenido ha sido enmendado 22 veces entre 1867

y 1982, en cada una de estas ocasiones por un estatuto británico adoptado a solicitud de Canadá.

Mediante esta ley se crea el Parlamento de Canadá, se instituye el Gobierno y se establecen los parlamentos de las provincias fundadoras. Asimismo, se instituye su forma de gobierno, las relaciones entre los poderes legislativos, así como las relaciones entre el Parlamento federal y los parlamentos provinciales. De igual forma, se reconoce la existencia de tribunales superiores y se permite la creación de otros tribunales. Adicionalmente, la presente ley establece los arreglos financieros y el método de anexión de nuevos territorios a Canadá. No incluye una declaración de derechos ni un procedimiento de enmienda.

El Acta constitucional de Canadá de 1982 fue promulgada bajo la ley inglesa a solicitud de Canadá con el apoyo de 9 provincias –todas excepto Quebec, que presentó objeciones–. Incluye la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el reconocimiento de los derechos de los aborígenes, el principio de igualación (distribución de la riqueza entre las distintas provincias para ofrecerles servicios públicos a niveles comparables de impuestos), el mecanismo de reforma y las disposiciones generales.

En sentido material, la constitución de Canadá comprende leyes ordinarias aprobadas por el Parlamento federal o las legislaturas provinciales. El contenido de estas leyes es el criterio que permite calificarlas como «constitucionales», dado que regulan aspectos tales como el funcionamiento de las instituciones estatales o los principios y valores fundamentales. Es el caso, por ejemplo, de la Ley de Elecciones o la Ley de Derechos Humanos. Estas leyes son «cuasi-constitucionales» y su característica principal es que, si bien no tienen prevalencia sobre otras leyes y no se adoptan mediante procedimientos especiales, se interpretan de manera diferente a las leyes ordinarias. Su conocimiento es esencial para comprender cómo funciona la Constitución.

Asimismo, ciertas leyes inglesas aprobadas antes de 1867 sirven como fuente del Derecho constitucional canadiense, dado que Derecho

público inglés fue instaurado en Canadá a partir de 1763. Entre las fuentes más importantes cabe señalar las siguientes:

La Carta Magna de 1215; la Carta de Derechos de 1689 (libertad de expresión de los diputados, privilegios e inmunidades de los parlamentarios); la Ley de liquidación de 1701 (seguridad en el cargo de los jueces); la Ley de Quebec de 1774 (restauración del Derecho civil privado en Quebec; el Derecho público y el Derecho penal siguen siendo ingleses);

La Ley Constitucional de 1791 (creación de lo que se convertiría en las provincias de Ontario y Quebec, y creación de las primeras asambleas legislativas en esas jurisdicciones); el Acta de Unión de 1840 (reunión de Quebec con Ontario en un solo parlamento); la Ley de validez de las leyes coloniales de 1865 (precedencia de las leyes inglesas sobre las leyes coloniales que las contradigan).

Otras leyes y decretos reales ingleses adoptados después de 1867 forman parte de la Constitución de Canadá: las de diverso Orden en Consejo, que incorporaron territorios en el nuevo Canadá; el Estatuto de Westminster, 1931 (protección de la enmienda a la Ley de la Constitución de 1867 mediante una ley del Parlamento británico); y el Acta de Canadá de 1982 (una ley británica que adoptó la Constitución de 1982).

Las fuentes no escritas tienen un rol importante en el contenido y desarrollo del Derecho constitucional canadiense. Incluyen interpretaciones judiciales, principios no escritos y convenciones de la Constitución.

En este sentido, si todo el Derecho público canadiense es de origen británico, el *Common Law* como sistema jurídico juega un papel importante. En este sistema, el juez puede crear Derecho y tiene un gran margen de maniobra para interpretar textos escritos, que a menudo son generales y vagos. Este factor es relevante, toda vez que los tribunales también recurren a la historia, la sociología, la economía, la filosofía y otras ciencias sociales como fuentes indirectas del Derecho, fuentes que, a su vez, les sirven de ayuda para interpretar el texto de las leyes constitucionales.

Es importante destacar que el principal instrumento del *Common Law* es la regla del precedente, que se explica cuando en un juicio se adopta una decisión que puede constituir una suerte de doctrina (el precedente) que, a su vez, se convierte en regla del Estado de Derecho (*Rule of law*).

El precedente solo se puede derogar si podemos distinguirlo en un caso concreto, por ejemplo, para no aplicarlo específicamente a ese caso, o si los cambios sociales relevantes conducen a diferentes interpretaciones (SCR, *Carter c. Canada* (Attorney General), 2015; SCR, *R c. Comeau*, 2018).

Para fijar su alcance, las sentencias de los tribunales superiores vinculan a los tribunales inferiores. Por tanto, las decisiones de la Corte Suprema de Canadá son muy importantes. Hasta 1949, era posible apelar las sentencias del Tribunal Supremo ante el Comité Judicial del *Privy Council* en Londres. Desde 1949, el Tribunal Supremo de Canadá ha sido el tribunal de última instancia.

El Comité Judicial del *Privy Council* comparó a la Constitución canadiense con un «árbol vivo capaz de crecer dentro de sus límites naturales» (SCR, *Edwards c. el Fiscal General de Canadá*, 1931). Por ejemplo, el Tribunal dictaminó en 2005 que el poder federal sobre el «matrimonio» expresado en la subsección 91 (26) de la Ley Constitucional de 1867 podría permitir al Parlamento legislar para incluir los matrimonios entre personas del mismo sexo, incluso si la definición de «matrimonio» en 1867 se limitaba a la unión entre un hombre y una mujer (Referencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, 2005).

Los principios no escritos también son importantes para comprender el diseño constitucional. Se trata de principios fundamentales que surgen de la lectura de los textos constitucionales y de la práctica de los tribunales. Forman la arquitectura de la Constitución. Generalmente, se utilizan para interpretar textos, pero a veces pueden crear obligaciones vinculantes para el Estado. Estos principios son los siguientes: el Estado de Derecho; la democracia; federalismo; la supremacía del Parlamento; la neutralidad política del servicio público; la independencia

judicial; y la protección de las minorías (SCR, Referencia Secesión de Quebec, 1998).

Las convenciones constitucionales, por su parte, son acuerdos que se adoptan entre políticos de todos los partidos para gestionar el ejercicio del poder plasmado en la Constitución escrita. No son administrados por los tribunales, que pueden calificarlos, pero no sancionar su incumplimiento. Para identificarlos, deben cumplirse tres requisitos: existencia de precedentes; declaraciones de actores políticos que reconocen su carácter vinculante; y una razón para la regla. Son considerados obligatorios por los políticos porque su violación arrastraría al país a una intensa crisis política y constitucional (Referencia: Resolución para reformar la Constitución, 1981).

Dicho esto, algunos elementos importantes que hay que tomar en consideración para comprender el sistema canadiense son los siguientes:

Separación de poderes

La teoría de Montesquieu se funda en la existencia de tres poderes en el Estado: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Cada poder ejerce sus fines y funciones de forma independiente y dentro de una sola institución. Solo se puede ser miembro de una de las instituciones a la vez y ninguna institución puede controlar a las otras dos. Sin embargo, en el Derecho público inglés y canadiense, la separación de poderes no se aplica de manera rígida (SCR, *Doucet-Boudreau c. Nova Scotia*, 2003).

En términos de membresía se puede ser tanto viceministro como ministro, pero no funcionario y diputado ni funcionario y ministro. No se puede ser diputado (o ministro) y juez al mismo tiempo.

En términos de funciones, el Parlamento administra sus asuntos internos y el Gobierno prepara e implementa las políticas; los tribunales son administrados por órganos de gobierno. El Parlamento vota las leyes, pero delega poderes legislativos en el gobierno, los ministros y los órganos administrativos. Los órganos administrativos resuelven determinadas disputas. El Parlamento juzga a sus miembros, pero no a los ciudadanos.

En términos de controles, el Parlamento pide cuentas al Gobierno y el Gobierno controla el funcionamiento diario del Parlamento, pero ninguno de estos dos poderes controla el trabajo de los tribunales, que son independientes. En virtud de la tradición, cada poder respeta el ámbito de autonomía de los otros dos.

Primacía del Derecho

El Estado de Derecho es la piedra angular del sistema constitucional canadiense. Significa dos cosas:

- 1) la existencia continuada de un orden normativo legal;
- 2) la protección contra la arbitrariedad (SCR, Referencia sobre los derechos lingüísticos de Manitoba, 1985).

Orden normativo jurídico: Las premisas del imperio de la ley fueron establecidas por el jurista Albert Venn Dicey en su libro *La ley de la Constitución* (1885) y se basan en tres postulados:

Todo poder público deriva su fuente del imperio de la ley;

El *Common Law* también se aplica a todos y todos están sujetos al Derecho común del país, administrado por los tribunales ordinarios del país;

Toda persona cuyos derechos se han vulnerado tiene derecho a una indemnización obtenida en un tribunal ordinario del país. Cuando se cumplen estas tres premisas, afirmó Dicey, los derechos están protegidos y no es necesario que exista una declaración de derechos. Esta vieja concepción ha evolucionado, pero sus fundamentos siguen siendo relevantes para comprender el sistema constitucional canadiense.

Prohibición de la arbitrariedad: En el Derecho canadiense no hay poder arbitrario por las siguientes razones:

La fuente del poder siempre deriva del Estado de Derecho. Cualquier decisión tomada en ausencia de poder no es una decisión válida y legítima y se denomina «no-decisión».

El ejercicio del poder siempre tendrá lugar en el marco del Derecho y una decisión que exceda el marco de la ley o que se tome por razones arbitrarias es una «no-decisión» (SCR, *Roncarelli c. Duplessis* 1959).

Además, cualquier decisión se adoptará siguiendo un proceso en que el sujeto de la decisión puede presentar sus argumentos y el decisor será imparcial. De lo contrario, la decisión será anulada.

El control de la legalidad de la fuente o el ejercicio del poder siempre se realizará ante los tribunales ordinarios del país (SCR, *Crevier c. Fiscal General de Quebec*, 1981).

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

La Constitución canadiense no contiene una definición de Estado. Asimismo, en el Derecho canadiense o el *Common Law* no existe una concepción formal del Estado: el Estado está personificado por la reina y la institución estatal por la corona; esta última es, a su vez, una institución que agrupa a todos los poderes ejercidos colectivamente en nombre del soberano. Canadá es una monarquía constitucional. La persona que ocupa el trono del Reino Unido se convierte automáticamente en la reina de Canadá (SCR, *Motard c. Canadá*, 2017). La reina es la jefa del Ejecutivo (Ley de la Constitución de 1867, sección 9) y sus poderes son ejercidos por el gobernador general de Canadá asistido por un Consejo Privado (Ley de la Constitución de 1867, art. 11). La reina es miembro del Parlamento (Ley de la Constitución de 1867, artículo 17) y da su consentimiento a la aprobación de la legislación (Ley de la Constitución de 1867, artículo 55). El gobernador general nombra a los jueces de los tribunales superiores (Ley constitucional de 1867, artículo 96). Es importante anotar que, si bien Canadá está técnicamente controlado por un jefe de Estado que interviene en los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), por convención constitucional todos estos poderes son ejercidos por otros funcionarios en su nombre, de modo tal que el gobernador general solo tiene un poder residual.

Dado que en el Derecho constitucional canadiense no existe una separación formal entre los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y que el Parlamento es soberano en sus áreas de jurisdicción, este está habilitado constitucionalmente para delegar poderes de carácter legislativo (*Hodge c.*

R, 1883-84), administrativo (SCR, *PEI Potato Marketing Board v. HB Willis*, 1952) y/o cuasi-judicial (SCR, Residential Tenancies Act Reference, 1981) a organismos que no forman parte del mismo. Esta delegación se efectúa a través del Gobierno (el gobernador en Consejo) a través de un ministro en particular o de los organismos creados por ley. La mayoría de los poderes del Gobierno y de los ministros son actualmente delegados por la legislatura. La legalidad del ejercicio de estas facultades está controlada por los tribunales superiores. Este poder de fiscalización y control de la legalidad de las decisiones administrativas por parte de los tribunales superiores canadienses se configura como un principio constitucional no escrito, por lo que no puede ser impugnado o restringido por los tribunales. (SCR, *Crevier c. el Fiscal General de Quebec*, 1981, *Dunsmuir c. el Fiscal General de New Brunswick*, 2008). De dicho principio se deriva el Estado de Derecho.

Podemos definir indirectamente a Canadá como un Estado de Derecho democrático. Varios principios constitucionales no escritos subyacen al funcionamiento de las instituciones democráticas de Canadá y de sus provincias y territorios. Sin embargo, es una democracia representativa y no directa. Los principios constitucionales no escritos que surgen del texto de la Constitución (y que los tribunales utilizan para interpretar la ley) incluyen, entre otros, el Estado de Derecho (SCR, *Roncarelli c. Duplessis*, 1959, SCR, Referencia: derechos lingüísticos en Manitoba, 1985), el sistema democrático (Referencia relacionada con la secesión de Quebec, 1998), la libertad de expresión política (SCR, Alberta Statutes 1937, *Switzman c. Elbling*, 1959), la independencia judicial (SCR, *Valente c. R.*, 1985; SCR, *R. c. Beauregard*, 1986; SCR, *Remuneration of Judges of the Provincial Court*, 1997), el principio de la neutralidad política de los servidores públicos (SCR, *Fraser c. Canadá* 1985, *OPSEU c. Ontario*, 1987) y la protección de las minorías (SCR, *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island*, 2000). En la Referencia a la Secesión de Quebec, la Corte Suprema de Canadá declaró en el párrafo 49 de la decisión:

«Nuestra Constitución es principalmente una Constitución escrita y es el resultado de 131 años de evolución. Detrás de la palabra

escrita, resplandecen orígenes históricos muy antiguos que nos ayudan a comprender los principios constitucionales subyacentes. Estos principios inspiran y nutren el texto de la Constitución: son sus premisas no expresadas. El siguiente análisis aborda los cuatro principios constitucionales fundamentales más relevantes para esta referencia: el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y la primacía del Estado de Derecho, y el respeto a los derechos de las minorías. Estos principios fundamentales funcionan en simbiosis ya que ninguno de los mismos puede definirse aislada e independientemente de los demás, y ya que ninguno de estos principios puede impedir o excluir la aplicación de los demás».

Respecto a la organización político territorial, el preámbulo de la Ley Constitucional de 1867 estableció una Unión Federal entre las antiguas colonias. Por lo tanto, Canadá es un Estado federal y todo lo referido a los derechos, poderes y privilegios del Parlamento, la Corona y los tribunales se aplica tanto a nivel federal como a nivel provincial. Ambos niveles (federal y provincial) son legalmente autónomos en sus áreas de jurisdicción y no pueden delegarse poderes legislativos entre sí, poderes que son compartidos según los artículos 91 a 95 de la Ley de la Constitución de 1867 (*SCR, Fiscal General de Nueva Escocia c. Fiscal General de Canadá*, 1951). Los poderes ejecutivos también son compartidos. Sin embargo, la división de los poderes judiciales es menos estricta, ya que existen tribunales superiores en cada provincia y el Gobierno federal está facultado para nombrar, compensar económicamente y sancionar a los jueces (Ley Constitucional de 1867, artículos 96, 99 y 100). Estos tribunales federales tienen jurisdicción en las controversias constitucionales, jurisdicción que no puede ser inhibida. Pero los parlamentos (tanto el federal como los provinciales) también pueden crear tribunales para administrar sus propias leyes, así como órganos administrativos autónomos en sus propios ámbitos de competencia (Ley de la Constitución de 1867, artículos 92 (14) y 101).

En 1867, Canadá estaba formado por cuatro antiguas colonias que luego se convirtieron en provincias. Otras seis provincias fueron admitidas en la Federación, ya sea por orden del Consejo de la Reina o por ley

constitucional (Ley de la Constitución de 1871, artículo 2). El Parlamento federal también creó tres territorios semiautónomos a fin de gestionar las regiones del norte; el más reciente de ellos es Nunavut, un territorio público con una población predominantemente inuit.

El federalismo canadiense no es un federalismo perfecto. Algunos poderes federales son más amplios que los poderes provinciales correspondientes (Ley de la Constitución de 1867, artículos 91 (3) y 92 (2)), mientras que otros permitirían a las autoridades federales intervenir directamente en asuntos provinciales), aunque estos poderes han caído en desuso. Principalmente, la jurisprudencia es la que guía la evolución del federalismo canadiense, desarrollo que bascula entre tendencias centralizadoras y descentralizadoras (SCR, *Banco canadiense del oeste c. Alberta*, 1987).

La estructura federal de Canadá hace que cualquier enmienda o modificación del texto de la constitución escrita sean complicadas. Estos cambios se realizan mediante una proclamación del gobernador general que debe ser respaldada por resoluciones aprobadas tanto por el Senado como por la Cámara de los Comunes y varias legislaturas provinciales:

- las enmiendas o modificaciones que apuntan únicamente al Senado, la Cámara de los Comunes o el gobierno federal y que no afecten a ningún interés provincial requieren el consentimiento del Senado y de la Cámara de los Comunes (Ley de la Constitución de 1982, sección 44; Reforma de referencia del Senado, 2014)
- las modificaciones que solamente afecten la constitución interna de las provincias sin afectar ningún interés federal requieren la aprobación por la asamblea legislativa de la provincia en cuestión (Ley Constitucional de 1982, artículo 45; SCR, *Fiscal General de Quebec c. Blaikie*, 1979)
- las modificaciones a las disposiciones escritas de la constitución que afecten a una o más provincias, pero no a todas requieren el Senado, la Cámara de los Comunes y la asamblea legislativa de las provincias interesadas (Ley de la Constitución, 1982, artículo 43)

- las modificaciones de capital importancia exigen el consentimiento unánime de todas las provincias, del Senado y de la Cámara de los Comunes (Ley de Constitución de 1982, artículo 41)
- cualquier otra modificación, incluidas las enumeradas en el artículo 42 de la Ley de Constitución de 1982, requiere el consentimiento del Senado, de la Cámara de los Comunes, y de las asambleas legislativas de dos tercios de las provincias que a su vez representen en conjunto más del 50 % de la población de Canadá según la estimación del último censo decenal (Ley de la Constitución, 1982, sección 38).

Debido a la rigidez y complejidad de estas fórmulas, las prácticas constitucionales han evolucionado hacia un federalismo contractualizado y administrativo en el que los gobiernos firman convenios entre sí a fin de regular la distribución de las responsabilidades y los fondos en el ejercicio de sus competencias.

La Constitución otorga al Parlamento federal el poder legislativo para definir los parámetros de la ciudadanía (Ley de la Constitución de 1867, preámbulo y subsección 91 (25)). Por lo tanto, la Ley de Ciudadanía establece las condiciones de la adquisición y la pérdida de la nacionalidad. La Constitución reserva ciertos derechos a los ciudadanos (artículos 3, 6, 23 de la Carta Canadiense).

En el texto de la Ley de Constitución no existe ninguna referencia a la nación canadiense ni a las naciones de Canadá. La Corte Suprema de Canadá ha establecido el criterio de que solamente existe una nación canadiense (SCR, Referencia a la Secesión de Quebec, 1998, párrafos 43, 66 y especialmente 96). Las provincias son iguales entre sí y ninguna tiene más poder que las demás. La Constitución a veces hace referencia a Quebec, pero como provincia y no como nación (Ley de Constitución de 1867, artículo 94 o 94A). Acadia no es identificada como nación, pero el artículo 16.1 de la Carta Canadiense alude a una «comunidad lingüística francesa». Los pueblos originarios son descritos como «indios, inuit y métis» en el artículo 35 de la Ley Constitucional

de 1982, que constitucionaliza sus derechos ancestrales y los tratados con los pueblos originarios.

Analizando este modelo, los intentos de reforma constitucional de 1987 y 1992 trataron de mejorar el federalismo proporcionando un marco jurídico para que el poder federal empleara sus fondos en determinados campos de la jurisdicción provincial; aumentando la exigencia de unanimidad en las modificaciones constitucionales; involucrando a las provincias en el proceso de designación de senadores y jueces para la Corte Suprema de Canadá; transfiriendo responsabilidades migratorias a las provincias; y adoptando cláusulas de interpretación constitucional que garanticen el respeto de ciertos principios fundamentales de Canadá. Dado que estos intentos de reforma han fracasado, actualmente la evolución de la Constitución de Canadá depende de las prácticas políticas, de los acuerdos administrativos de gobierno a gobierno y de los pronunciamientos de los tribunales.

El carácter multinacional de Canadá sigue alimentando el debate político, incluso cuando la cuestión no forma parte de los textos constitucionales. Desde la década de los 60, Quebec ha afirmado su condición de nación y se comporta como tal. Acadia se describe a sí misma como una nación sin Estado y trabaja en un proyecto preliminar de creación de la Asamblea Nacional de Acadia. Los pueblos originarios utilizan el concepto de nación en tratados y en las instancias de gobierno que han obtenido del Gobierno federal. Sin embargo, esta cuestión sigue siendo un concepto de índole política y no legal.

2. Modelo Económico

Los textos constitucionales canadienses no definen un modelo económico específico. Los actores políticos mayoritarios tienen un gran margen de maniobra para implementar el plan económico de su preferencia. La Ley Constitucional de 1867 distribuyó las competencias legislativas entre el Parlamento federal (artículo 91) y las asambleas legislativas provinciales (artículo 92). Los legisladores federales y provinciales regulan la actividad económica de su competencia mediante leyes, y establecen

los impuestos aplicables y los programas fiscales en los que gastan los recursos públicos.

Los artículos 91, 92(10) a, b, y c., y 92 A (3) de la Ley Constitucional de 1867 disponen que el Parlamento federal tiene competencia exclusiva en la regulación de las actividades económicas de interés general para Canadá. Los principales asuntos económicos de competencia exclusiva federal son el comercio internacional, la moneda, las medidas y los pesos, el servicio postal, la defensa nacional, la navegación, la pesca, el sistema bancario, la propiedad intelectual y las patentes, el seguro de desempleo, el transporte interprovincial e internacional, así como los proyectos interés general del país. A las anteriores facultades legislativas de ámbito federal, se le suma la facultad para crear impuestos, contribuciones y cargas a los individuos y a las empresas. Cabe, por último, señalar que posiblemente el poder federal más importante en materia económica es el de establecer la política fiscal federal, que se materializa en la adopción del presupuesto federal. El Gobierno de turno determina la política fiscal federal y mediante los gravámenes tributarios creados y los gastos aprobados, el Gobierno federal establece el enfoque del modelo económico de preferencia durante el respectivo mandato.

Los artículos 92, 92 A, y 93 de la Ley Constitucional de 1867 disponen que las asambleas legislativas provinciales tienen competencia exclusiva en la regulación de las actividades económicas de interés local de la respectiva provincia. Los principales asuntos económicos que son competencia exclusiva de las provincias son la gestión de las tierras y de los recursos naturales, así como los derechos, obligaciones, impuestos, contribuciones y cargas sobre dichos bienes y recursos. Igualmente, las provincias pueden crear de forma autónoma impuestos directos e indirectos sobre toda actividad económica realizada dentro, hacia y desde la provincia respectiva. De este modo cada asamblea legislativa provincial adopta su propio presupuesto de gastos. Las provincias tienen la competencia en materia de salud y educación; por ello, la mayoría de sus gastos se destinan a financiar estos dos servicios públicos esenciales.

El artículo 92(13) de la Ley Constitucional de 1867 establece que las asambleas legislativas provinciales tienen competencia exclusiva en la regulación de la propiedad privada y los derechos civiles sobre los bienes localizados en la respectiva provincia. El Código Civil de Quebec contiene esta regulación para la provincia. En las otras provincias, cada asamblea legislativa puede adoptar leyes provinciales sobre la propiedad privada. Sin embargo, los precedentes judiciales contienen las principales reglas en materia de propiedad privada en las provincias gobernadas por el sistema de Derecho consuetudinario. Cada provincia tiene su propio catastro y registro de propiedad, razón por la cual no existen normas constitucionales ni federales en materia de propiedad privada. Sin embargo, existe una excepción: en el caso de los territorios indígenas, el artículo 35 de la Ley Constitucional de 1982 reconoce el título aborigen que se interpreta conforme a los tratados suscritos entre los pueblos originarios y la Corona, la Ley sobre Indígenas, y a los precedentes judiciales de la Corte suprema de Canadá

Los artículos 94 A y 95 de la Ley Constitucional de 1867 establecen unas competencias concurrentes entre el Parlamento federal y las legislaturas provinciales en materia de pensiones, agricultura e inmigración.

Desde 1940, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 91(2)A, precepto incorporado a la Ley Constitucional de 1867, Canadá adoptó un seguro federal de desempleo. Este programa exige cotizar como trabajador al sistema para recibir prestaciones económicas por un tiempo limitado en caso de pérdida del empleo.

Desde 1964, según lo previsto por el artículo 94 A, incorporado a la Ley Constitucional de 1867, Canadá constitucionalizó un sistema federal de pensión de vejez y de invalidez mínima, vital y universal; sin embargo, la provincia de Quebec administra su propio sistema de pensiones mínimas vitales.

Aunque no hay una norma constitucional que le brinde cobertura, el legislador ha desarrollado un programa financiado entre la Federación y las provincias en virtud del cual las personas sin ingresos pueden acceder a prestaciones económicas básicas mensuales mientras dure su situación financiera crítica sin importar su edad ni su nacionalidad. En el mismo sentido, los residentes en el territorio canadiense tienen cobertura sanitaria

universal y educación básica gratuita y obligatoria. Estos dos últimos servicios son responsabilidad de cada provincia, pero el Gobierno federal participa parcialmente en su financiación.

Una reforma importante destinada a mejorar la capacidad financiera de las provincias fue la asignación de la competencia exclusiva a las mismas en materia de recursos naturales no renovables, recursos forestales e hidroeléctricos. Esta reforma hizo parte de la Ley Constitucional de 1982, pues su artículo 50 incluyó esta cuestión, si bien dicho texto fue insertado en el artículo 92 A de la Ley Constitucional de 1867.

La Ley Constitucional de 1982, última gran reforma constitucional, incluyó en el artículo 36 el compromiso de promover la igualdad de oportunidades, reducir la desigualdad y ofrecer servicios públicos esenciales de calidad similar para todos los canadienses. Esta norma constitucional se asimila relativamente al principio del desarrollo progresivo previsto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de 1969). Sin embargo, Canadá no ha ratificado esta convención¹. Por su parte, los tribunales judiciales canadienses interpretan que los legisladores tienen la potestad de acordar las condiciones de acceso a –y los montos de– las prestaciones económicas para las distintas categorías de beneficiarios. Además, la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982 no incluye los derechos económicos y sociales como derechos constitucionales. Por ello, los interesados en materializarlos se dirigen en primer lugar a los actores políticos para que se reconozca su cobertura mediante la aprobación de leyes. Como segunda opción, se utiliza el litigio estratégico ante los tribunales judiciales a fin de reclamar la protección de un derecho fundamental (vida, seguridad personal, igualdad, etc.) como mecanismo de exigibilidad indirecto para tutelar un derecho con efectos económicos. La primera alternativa es más efectiva, pues los jueces reconocen generalmente la autonomía del legislador en la adopción de decisiones relativas al gasto público.

.....
1 OVALLE DIAZ, N. A. (2019): «El papel de Canadá en la protección de los derechos humanos en las Américas», *RGD*, v. 49, número hors-série, pp. 25.

La falta de constitucionalización de los derechos económicos y sociales constituye un vacío en los instrumentos constitucionales canadienses, pues tal carencia deja a la voluntad de los actores políticos mayoritarios la determinación de la protección de dichos derechos (véanse más detalles en la sección 6).

El régimen constitucional con efectos en las finanzas públicas ha necesitado de revisiones después de 1867. Históricamente, el Gobierno federal tiene mayor capacidad para influir en el modelo económico dominante y para recaudar ingresos que las provincias. Los ingresos del Gobierno federal sobrepasan las necesidades de gasto bajo su responsabilidad exclusiva. Inversamente, y aunque tienen autonomía constitucional para generar ingresos propios, los gastos de las provincias son ahora mayores que sus ingresos. Solamente los gastos en salud y educación sobrepasan ya los ingresos provinciales, circunstancia que actualmente genera un déficit estructural en el presupuesto de las provincias imposible de cubrir con sus recursos propios. Este desbalance fiscal no era previsible en el momento de la redacción del texto original de la Ley Constitucional de 1867, pues en aquella época, la salud y la educación estaban mayoritariamente a cargo de las instituciones religiosas.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se produjo la secularización de los servicios sanitarios y educativos, y las provincias asumieron completamente su administración. El desequilibrio fiscal entre el Gobierno federal y las provincias constituye en la actualidad un problema denunciado por las provincias, que necesitan recursos adicionales para cubrir sus gastos. El Gobierno federal recurre así a su poder de gasto para influir en dominios que son de competencia exclusiva de las provincias. Este poder de gasto del Gobierno federal que desborda sus competencias constitucionales no está respaldado por una norma constitucional ni por un precedente judicial unánime que lo justifique. Solamente existen diversas interpretaciones doctrinales a favor y en contra del poder de gasto de Gobierno federal en asuntos de competencia exclusiva de las provincias. La práctica política ha venido implementando el poder de gasto federal para imponer a las provincias normas federales en materia de salud, por

ejemplo. De este modo, es decir, a través de leyes generales y de la ley anual de presupuesto el legislador federal ejerce su poder de gasto en asuntos de su competencia exclusiva. Adicionalmente, y teniendo en cuenta que los ingresos de la Federación sobrepasan los gastos en sus responsabilidades constitucionales propias, esta ejerce su poder de gasto en los asuntos de competencia exclusiva provincial de tres maneras distintas:

- 1) Transferencias incondicionales a las provincias: se trata de transferencias directas del presupuesto federal a las provincias de las que estas últimas disponen autónomamente. Un ejemplo es el giro canadiense en materia de salud y programas sociales. Estas transferencias corresponden generalmente a la previsión del artículo 36 de la Ley Constitucional de 1982, disposición desarrollada por la Ley de Arreglos Fiscales Federales-Provinciales
- 2) Transferencias condicionales a las provincias: son giros del presupuesto federal a las provincias sometidos a condiciones o estándares federales previstos en una ley o programa federal. Las provincias, en su campo de competencia exclusiva, deben legislar o administrar dichos recursos de origen federal de acuerdo con las condiciones impuestas por el Gobierno federal como requisito para recibir los giros. Si una provincia no acepta las condiciones, los habitantes de la provincia son excluidos del programa respectivo, pero siguen pagando impuesto al Gobierno federal, de tal manera que terminan financiando a los habitantes de otra provincia que sí acepta las condiciones federales. Esporádicamente, el Gobierno federal toma la iniciativa de implantar un nuevo programa económico en un campo de competencia exclusiva de las provincias. Fue así como, mediante una ley federal de 1957, comenzó el programa acceso público, gratuito y universal en materia de salud. Posteriormente, se modifica el cálculo de la participación del financiamiento federal y las provincias terminan pagando los sobrecostos del mantenimiento del programa, pues ya no pueden eliminar

un gasto recurrente que aumenta de año en año. De acuerdo con el artículo 92(7) de la Ley Constitucional de 1867, la salud constituye una competencia exclusiva de las provincias y cada una de ellas gestiona todas las instituciones hospitalarias de su territorio. Sin embargo, los principios del acceso universal en materia salud están actualmente previstos en una ley federal, la Ley de atención médica.

- 3) Transferencias directas a los municipios, organismos e individuos en las provincias: son giros directos del Gobierno federal en asuntos de competencia exclusiva de las provincias a los municipios, organismos o individuos de las provincias. Estos fondos adoptan la forma de becas o subsidios directos sin pasar por las provincias. Por ejemplo, el Programa de financiamiento de infraestructura invierte directamente en proyectos municipales decididos por el Gobierno federal, a pesar de que el artículo 92(8) de la Ley Constitucional de 1867 considera a las municipalidades como una competencia exclusiva provincial.

La regulación constitucional del poder de gasto del Gobierno federal en asuntos de competencia exclusiva provincial ha sido debatida en los proyectos de reformas constitucionales de 1969 y 1979, así como en los acuerdos del Lago Meech (1987) y Charlottetown (1992). Sin embargo, no se ha logrado aprobar un texto constitucional en esta materia.

Es altamente probable que la pandemia de la Covid-19 incremente la influencia del Gobierno federal en la gestión de los recursos de salud, asunto cuya competencia corresponde en exclusiva a las provincias. La tendencia histórica y la perspectiva futura es la «invasión» del Gobierno federal en las competencias exclusivas de las provincias. En Canadá, como en cualquier otro país, la financiación suficiente de los servicios públicos esenciales necesita normas constitucionales adecuadas que atribuyan autonomía y capacidad financiera a la entidad política encargada de ofrecer los servicios que tienen un costo económico. En otras palabras, la responsabilidad económica de ofrecer un servicio público esencial debe

acompañarse del poder constitucional autónomo y suficiente para financiarlo. Una cláusula general no será nunca suficiente, dado que, teniendo en cuenta la disparidad económica entre las regiones, las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, se hace necesario incluir mecanismos específicos de transferencias presupuestales obligatorias y solidarias en cualquier texto constitucional que pretenda crear un modelo económico justo y equitativo.

3. Modelo político y sistema de gobierno

El modelo político vigente es el sistema parlamentario. El Parlamento federal está conformado por la reina, el Senado y la Cámara de los Comunes (Ley de Constitución de 1867, art. 17). Las legislaturas provinciales están conformadas por el vicegobernador y una legislatura unicameral.

El parlamento tiene privilegios que le permiten funcionar libremente, sin intervención judicial alguna (Ley de la Constitución de 1867, artículo 18). Ni las leyes ordinarias ni los derechos consagrados en la Carta Canadiense se aplican al funcionamiento interno del Parlamento, salvo en la medida necesaria para su correcto funcionamiento (SCR, *New Brunswick Broadcasting c. Nueva Escocia*, presidente de la Asamblea Legislativa, 1993; SCR, *Vaid c. Canadá* (presidente de la Cámara de los Comunes), 2005; SCR, *Chagnon c. el Sindicato de Empleados del Servicio Público de Quebec*, 2018; SCR, *Mikisew Cree First Nation c. Canadá* (gobernador general en el Consejo), 2018).

El Parlamento ha creado un cuerpo de funcionarios independientes y autónomos cuya función es analizar varios aspectos de las operaciones gubernamentales y presentar informes al Parlamento destacando asuntos relevantes. A nivel federal, estos funcionarios son el auditor general (encargado de la eficiencia gubernamental, y el cumplimiento de las prácticas contables), el comisionado de Idiomas Oficiales (responsable por el cumplimiento del bilingüismo oficial), el oficial de Presupuesto Parlamentario (quien se encarga del costo de los programas), el oficial principal de Elecciones (responsable de la revisión de las cédulas electorales, la celebración de elecciones y la certificación de resultados), el

comisionado de Privacidad (quien vela por el respeto de los derechos de privacidad), el comisionado de Integridad del Sector Público (a cargo de la divulgación de irregularidades por parte de funcionarios y de la protección de denunciantes), el comisionado de Información (encargado del acceso a la información del gobierno) y el comisionado de *Lobby* (quien monitorea las actividades de *lobby* con los funcionarios electos). Cualquier acto ilegal de los ministros y miembros del Parlamento se rige –y es punible– por el Código Criminal de Canadá. Asimismo, las provincias pueden crear funcionarios parlamentarios de la misma naturaleza para garantizar su propio funcionamiento.

Los parlamentos deben reunirse al menos una vez al año (Carta Canadiense de Derechos y Libertades, art. 5).

Parlamento federal

En el Parlamento federal, la reina está representada en el ejercicio de sus poderes constitucionales por el gobernador general. Por convención constitucional, siempre respeta los consejos del primer Ministro y su Gobierno.

El Senado está compuesto por 4 divisiones correspondientes a las regiones del Atlántico, Quebec, Ontario y el Oeste. Hay 24 senadores por división, además de un senador por el territorio norte. Los senadores son nombrados por el gobernador general (Ley de la Constitución de 1867, art. 24), que sigue las recomendaciones del primer ministro. El actual primer ministro ha creado una comisión de nombramientos independiente que le presenta recomendaciones de nombramientos y que, hasta la fecha, siempre ha respetado. Para establecer elecciones senatoriales o cambiar el número de senadores, tendría que aprobarse una enmienda constitucional (Referencia sobre Reforma del Senado, 2014). Aunque, según la teoría constitucional, el Senado tiene técnicamente el mismo poder legislativo que la Cámara de los Comunes, en la práctica los senadores ejercen un control moderado sobre las leyes y se dedican fundamentalmente a realizar estudios, informes y recomendaciones dirigidos al Gobierno. Los senadores pueden devolver los proyectos de ley a la Cámara de los Comunes y sugerir cambios, pero si esta Cámara

rechaza los cambios, el Senado generalmente aprobará el primer proyecto de ley que le fue presentado.

En la Cámara de los Comunes el número de asientos se distribuye entre las provincias según su población (Ley Constitucional de 1867, art. 50-51-52), con un puesto adicional por cada territorio del norte. Los miembros de la Cámara de los Comunes son los diputados electos.

Según la Constitución, el gobernador general posee el poder constitucional para disolver el Parlamento y convocar automáticamente elecciones generales. La Constitución establece que las elecciones deben celebrarse en un plazo máximo de 5 años (Carta Canadiense de Derechos y Libertades, art. 4), pero, por tradición, se celebran cada 4 años en una fecha fija en determinadas jurisdicciones y en la fecha elegida por el primer ministro en otros casos. El derecho a votar en las elecciones federales y provinciales está garantizado por la Constitución (Carta Canadiense de Derechos y Libertades, art. 3), pero la igualdad de votos ha sido suplantada por el concepto de «representación efectiva», que permite variar los porcentajes en consideración a la geografía –ríos, montañas, carreteras– y a los intereses de las comunidades representadas –de carácter urbano/rural, mayorías-minorías– (*Referencia sobre distritos electorales de Saskatchewan*, 1991). Todas las modalidades de elecciones se rigen por las leyes electorales aprobadas por el Parlamento federal o por las legislaturas provinciales (Ley de la Constitución de 1982, artículos 44 y 45). Las elecciones son de un solo miembro y los diputados no son constitucionalmente responsables ante sus electores. La votación es universal, pero no obligatoria, para las personas mayores de 18 años.

El parlamento es soberano y puede tomar cualquier decisión dentro de los poderes que le otorga la Constitución canadiense y los límites que la misma establece. En este sentido, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes es esencial (SCR, *Amax Potash c. Government of Saskatchewan*, 1977). Un parlamento no puede obligar a los que le suceden, excepto por condiciones de procedimiento (SCR, *R c. Mercure*, 1988). El gobierno no puede, por contrato, interferir con la soberanía del Parlamento (SCR, *Re Canada Assistance Plan*, 1991).

El Gobierno

Como hemos señalado, en el sistema constitucional canadiense no existe el concepto de Estado, sino el concepto de «la Corona». La reina es la jefa del Gobierno. Sin embargo, por convención constitucional, como representante de la reina el gobernador general solamente toma decisiones propuestas por el primer ministro y sus respectivos ministros. La Corona es esencialmente indivisible, pero el ejercicio de sus poderes se divide entre el nivel federal y el provincial.

El Gobierno está compuesto por el número de ministros elegidos por el primer ministro. A nivel federal, cada Ministerio tiene una legislación habilitante que ha sido aprobada por el Parlamento.

Según el principio no escrito de la responsabilidad ministerial, los ministros del Gobierno se eligen entre los miembros electos del parlamento. Debido a los usos y costumbres constitucionales, el gobernador general solicita al líder del partido político que ganó más distritos en las últimas elecciones generales que elija a las personas que serán nombradas miembros del Gobierno. Cuando ningún partido ha logrado obtener una mayoría de asientos, el partido que ha ganado más puestos será el que forme Gobierno, pero deberá obtener el apoyo de los demás partidos para lograr que sus miembros voten por las medidas legislativas propuestas. Si bien los gobiernos de coalición son posibles, no forman parte de las tradiciones políticas canadienses; las alianzas entre partidos son, por tanto, *ad hoc*, temporales y frágiles.

El Gobierno siempre debe contar con la confianza de la Cámara. Por usos y costumbres constitucionales, los votos de censura para exigir responsabilidad política son admitidos durante cualquier proceso de votación sobre medidas presupuestarias y en cualquier otro tema que el Gobierno considere un asunto de confianza.

El Gobierno saliente permanece en el cargo hasta que se publiquen los resultados de las elecciones generales recién celebradas, pero se ocupa únicamente de los asuntos actuales. En virtud del Derecho consuetudinario constitucional, el Gobierno cuyo partido político es derrotado en una elección general presenta su renuncia al gobernador general unos días

después de la misma y el nuevo Gobierno presta juramento pocas horas después. Si el mismo partido político gana las elecciones, el Gobierno puede permanecer en el cargo, pero un nuevo Gobierno también puede prestar juramento de acuerdo con las mismas reglas. Tal decisión dependerá de la voluntad del primer ministro.

En lo que respecta a sus funciones, el Gobierno propone proyectos de ley que serán debatidos y aprobados en el Parlamento y asimismo toma decisiones relacionadas con la política general. Los ministros son responsables de sus respectivos Ministerios y de las decisiones que en ellos se toman.

Las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno se rigen principalmente por los usos y costumbres constitucionales, y a veces por legislación (Ley del Parlamento de Canadá). Debido a las dinámicas propias del partidismo político, el Gobierno controla políticamente la acción del Parlamento, su agenda, sus operaciones y su presupuesto. Sin embargo, según el marco legal, es el Parlamento el que controla al Gobierno delegándole poderes y recursos. Todos los proyectos de ley monetarios deben presentarse y aprobarse primero en la Cámara de los Comunes (Ley de la Constitución, 1867, art. 53-54). A su vez, los tribunales superiores tienen la función de revisar la legalidad del ejercicio de los poderes gubernamentales, dado que está prevista la posibilidad de apelación ante la Corte Suprema de Canadá.

El Derecho público canadiense otorga privilegios e inmunidades a la Corona y a sus representantes, poderes que en su mayoría se rigen por un marco legislativo, pero que mayormente caen bajo el paraguas del *Common Law* en todos los asuntos relacionados con tales poderes que no estén previstos ni regulados por la legislación (Ley Estatal de Responsabilidad Civil y Litigios Administrativos, 1985; Canadá (SCR, *Fiscal General c. Thouin*, 2017). Los derechos, poderes, privilegios e inmunidades anteriormente citados se derivan del *Common Law* sobre la prerrogativa real.

La administración pública no tiene una existencia constitucional autónoma. Los Ministerios son entidades resultantes de la prerrogativa real y actualmente están regulados por la legislación. Los funcionarios

vendrían a ser los *alter ego* de los ministros (SCR, *Carltona c. Comisionado de Obras*, 1943) y todas las decisiones que toman en el desempeño de sus funciones son vinculantes para la Corona.

Los servidores públicos son políticamente neutrales y no pueden participar en actividades políticas de carácter partidario (SCR, *Osborne c. Canadá*, 1991).

El Parlamento soberano ha creado órganos administrativos en los que ha delegado poderes de carácter legislativo, administrativo o cuasi-judicial. Existen actualmente más de 200 órganos administrativos a nivel federal. Estos órganos son autónomos y son los tribunales superiores los que controlan el ejercicio de sus poderes (SCR, *Dunsmuir c. el Fiscal General de Nuevo Brunswick* 2008; SCR, *Vavilov c. Canadá* (Ministro de Inmigración), 2019). El control judicial de los poderes de la administración constituye un principio constitucional no escrito que no puede ser abolido y que es inherente a los poderes de las cortes superiores.

Los municipios son creaciones de las provincias (Ley Constitucional de 1867, art. 92 (8)) y no poseen rango constitucional, aunque los tribunales les reconozcan un considerable margen de autonomía en su funcionamiento interno (SCR, *Montreal (Ciudad) c. Autoridad Portuaria de Montreal*, 2010; SCR, *Spraytech c. Hudson (ciudad)*, 2001).

Análisis

El sistema político canadiense necesita una modernización, pero las reformas son escasas, complejas y laboriosas.

La existencia de la monarquía no es objeto de debate en el discurso público canadiense, excepción hecha de unas pocas personas. La misma no podría ser reemplazada por un sistema presidencial sin el consentimiento unánime de todos los miembros de la Federación (Ley de Constitución, 1982, art. 41 (a)).

En relación con el Senado, entre 1960 y 2015 abundaron las propuestas para reformarlo o abolirlo. Entre las propuestas planteadas al respecto, destacan las siguientes: transformar el Senado en una Cámara de la Federación con representantes de las provincias; elegir a los senadores

por sufragio universal directo según un sistema proporcional; cambiar el número de senadores por los que las provincias tienen derecho a estar representadas; e incluso abolirlo por completo. Hasta el momento, ninguna reforma ha tenido éxito y solamente el proceso de nombramiento de senadores ha sufrido una reforma administrativa de carácter menor.

A nivel de la Cámara de los Comunes, es el sistema electoral que ha sido objeto de las críticas más duras. A menudo ha sucedido que un partido político gana las elecciones y forma Gobierno porque ha obtenido más diputados que los demás partidos, aunque su proporción del voto popular haya sido menor que la correspondiente a los partidos de oposición. El Gobierno federal y al menos 5 provincias han creado comisiones especiales a fin de proponer reformas orientadas a la instauración de un sistema proporcional o mixto, pero ninguna ha sido aceptada hasta hoy.

Como hemos señalado anteriormente, la formación y el funcionamiento del Gobierno, así como sus relaciones con el Parlamento, se rigen principalmente por usos y costumbres constitucionales. A menudo se ha propuesto codificar ese Derecho consuetudinario en un marco legislativo. Algunos estatutos enmarcan o modifican los poderes, privilegios, inmunidades y prerrogativas del *Common Law* o la relación entre el Parlamento y los miembros del Gobierno, pero no cambian fundamentalmente el funcionamiento del sistema. Sin embargo, existe un número creciente de controles éticos sobre el comportamiento de los miembros del Gobierno y los funcionarios que no tienen su origen en la corrupción sino más bien en decisiones moralmente cuestionables.

Analizaremos el sistema judicial en otro apartado. Las reformas propuestas se relacionan principalmente con cuestiones relacionadas con el federalismo o el acceso a la justicia.

4. Democracia y participación

En una referencia ahora legendaria en Canadá, la Corte suprema de Canadá describió el principio democrático como «un valor fundamental de la cultura política y jurídica de Canadá» que tiene «una dimensión institucional e individual».

La democracia canadiense es parlamentaria, heredada del Reino Unido y, a través de la interpretación del *Common Law*, está en constante evolución. Más allá de los principios, es importante considerar las disposiciones constitucionales en sí mismas relevantes, en particular los derechos democráticos garantizados por los artículos 3 a 5 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que forma parte de la Ley Constitucional de 1982. El artículo 3 de nuestra Carta dispone: «Todo ciudadano canadiense tiene derecho a votar y es elegible para las elecciones legislativas federales o provinciales» (SCR, *Figueroa c. Canadá*, 2003: párr. 29). Como la Constitución es parca, la Corte Suprema ha elaborado el proceso electoral en varias ocasiones –por ejemplo, al afirmar que el proceso electoral tiene un valor intrínseco y esto independientemente del candidato o del resultado de las elecciones, o al determinar que privar ciertos ciudadanos del derecho al voto sería hacerlo en detrimento de su dignidad y de su valor intrínseco (SCR, *Frank c. Canadá*, 2019: párr. 82).

La jurisprudencia de la Corte Suprema también ha aclarado que la Carta protege a los ciudadanos en su derecho al voto y a una «representación efectiva», lo que supone la posibilidad de que los votantes tengan voz en las deliberaciones del Gobierno, así como el derecho a «llamar la atención de sus parlamentarios sobre sus quejas y preocupaciones» (SCR, *Renvoi de la Saskatchewan*, 1991: párr. 183).

La Corte suprema de Canadá ha recordado que la Carta establece en su artículo 3 que todo ciudadano tiene derecho a votar de manera informada (Harper, 2004 1 RCS 827, al párrafo 71). Así, una medida que limite a los votantes información relevante podría constituir una vulneración del derecho de voto garantizado por el artículo 3 (SCR, *Thomson Newspapers Co. c. Canadá (Procureur général)*, 1998: párr. 82 a 84).

Sin embargo, es importante destacar que, bajo el espíritu del equilibrio y la equidad, la Corte deja claro que no debe considerarse un derecho ilimitado a la información. De lo contrario, los grupos con más recursos podrían monopolizar el discurso político, y esta difusión desigual de opiniones durante una campaña electoral podría impedir que el votante esté debidamente informado de todas las ideas en liza. La

Corte Suprema concluyó que el establecimiento de un límite cuidadosamente adaptado al gasto en publicidad electoral promueve la igualdad en el discurso político y no infringe el artículo 3. (SCR, Harper, 2004: párr. 72 a 74)

En la historia de nuestro país se han celebrado muchas consultas sobre políticas públicas tanto a nivel federal como a nivel provincial. Los referendos, sin embargo, son creaciones legislativas y, aunque es un mecanismo de democracia directa, se trata un proceso consultivo y no final. Una vez más, son los tribunales los que fijan a los parámetros. Al respecto, la Corte Suprema declaró:

«La Constitución tal cual no trata de un recurso a un referéndum, y los resultados de un referéndum no tienen un papel directo o efecto legal en nuestro sistema constitucional, pero un referéndum puede ciertamente proporcionar un medio democrático para conocer la opinión del electorado sobre temas políticos importantes en un caso específico. [...] La reforma constitucional comienza con un proceso político emprendido bajo la propia Constitución. En Canadá, la iniciativa de enmienda constitucional es responsabilidad de los representantes elegidos democráticamente de los participantes en la Confederación. Para estos representantes, la señal puede venir de un referéndum, pero, en términos legales, el poder constituyente en Canadá, como en muchos otros países, recae en los representantes del pueblo elegidos democráticamente» (SCR, *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, 1998: párr. 87 y 88).

En el pasado, ha habido varias consultas directas en todo el país. En cuanto a la regulación, cabe mencionar la Ley de Referéndum promulgada por el Parlamento de Canadá en 1992 y las leyes similares de algunas provincias, incluida Quebec (Ley de Consulta Popular). No existen mecanismos de juicio político (excepto en la Columbia Británica) similares al proceso de «revocación» que existe, por ejemplo, en California, que permitió la destitución del gobernador Davis y la elección del representante Arnold Schwarzenegger en su lugar.

En Canadá, normalmente remplazamos a nuestros representantes electos federales y provinciales a través de las elecciones generales que se llevan a cabo cada cuatro años (cinco como máximo).

En su interpretación del artículo 2(b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, la Corte Suprema indicó que la libertad de expresión y la libertad de prensa son principios y valores de fundamental importancia que incluyen y promueven la investigación y el logro de la verdad, la participación en la toma de decisiones de interés social y político, al igual que la diversidad de formas de enriquecimiento y realización personal.

Aunque la libertad de expresión y de prensa constituyen la piedra angular que garantiza que la democracia canadiense sea sana y pluralista, estas libertades, como todos los demás derechos, pueden verse limitadas por el Estado de Derecho si la limitación es considerada razonable y justificada; tal es el caso, por ejemplo, del discurso de odio (SCR, *R c. Oakes*, 1986).

Por lo que respecta a las principales implicaciones democráticas de Canadá, debemos enfatizar la importancia de las comisiones de investigación que son llamadas a investigar temas importantes y a menudo controvertidos. Cabe mencionar, por ejemplo, la Comisión de Idiomas Oficiales, o una de las más recientes sobre Mujeres y Niñas Indígenas Desaparecidas y Asesinadas. Además, existe un amplio espectro de organizaciones que ejercen lo que llamamos la función jurisdiccional o cuasi-judicial del Estado –como los tribunales administrativos–, pero también, además de las comisiones de investigación citadas, se denominan órganos reguladores múltiples. Estos permiten a los ciudadanos ejercer sus derechos y son de suma importancia en la vida cotidiana.

En Canadá existe un creciente reconocimiento de la necesidad de fomentar una participación ciudadana más activa en las deliberaciones democráticas a través de mecanismos como las asambleas al estilo de los ayuntamientos o las redes sociales para consultar a la población sobre temas específicos, particularmente en el ámbito municipal. El hecho es que la democracia pasa, ante todo, por las asambleas representativas y, por lo tanto, por las elecciones. Algunos dirán que la buena noticia es que este sistema es impermeable a los estados de ánimo de la ciudad, pero otros

pueden afirmar que la gente está encerrada en los muros de la Constitución. Sin embargo, es importante enfatizar que el equilibrio de poder –el famoso control y equilibrio institucional– es una noción crucial de la democracia canadiense. El mayor guardián de esta democracia, además de las elecciones, es la expresión de los tribunales cuando un ciudadano o un grupo de ciudadanos impugnan la constitucionalidad o la violación de un derecho fundamental por parte de alguna autoridad federal, provincial, o municipal, incluida la acción policial. Como un árbol en constante crecimiento, las reglas del Derecho evolucionan y están bien asentadas en la democracia gracias al imperio de los precedentes que deben ser respetados.

5. Justicia Constitucional

Poder Constituyente y modificación de la Constitución

El Poder Constituyente posee la titularidad sobre la Constitución vigente en Canadá y es el organismo autorizado para adoptar, modificar y derogar las normas constitucionales. El Poder Constituyente ha experimentado varias reformas. Entre 1867 y 1931, el Parlamento británico ejercía de manera absoluta el Poder Constituyente sobre Canadá. Entre 1931 y 1982, el Parlamento británico actuaba como el Constituyente formal, pues el Constituyente real era el parlamento canadiense con el apoyo suficientemente mayoritario de las provincias. Esto explica el hecho de que la mayoría de los textos constitucionales canadienses aún vigentes fueron adoptados por el Parlamento británico².

En 1982, Canadá repatrió el Poder Constituyente y desde esa fecha, adquirió la soberanía constitucional. Las fórmulas vigentes para modificar la Constitución y la composición del Poder Constituyente necesario están ahora plasmadas en los artículos 38 a 49 de la Ley Constitucional de 1982.

En general, el Poder Constituyente está integrado por el Parlamento (Senado y Cámara de los Comunes) y las diez asambleas legislativas provinciales, pero cada uno de los doce cuerpos colegiados decide

.....
 2 ÉMOND, A. (2016): *Introduction au Droit canadien*, Montréal: Wilson & Lafleur, pp. 109-125.

por separado. En resumen, hay tres fórmulas para modificar las normas constitucionales canadienses. Cada método exige un nivel especial de participación decisoria del Poder Constituyente.

Fórmula de la unanimidad: los asuntos que establecen la esencia del Estado canadiense y que están contemplados en el artículo 41 de la Ley Constitucional de 1982, exigen que los 12 cuerpos colegiados que integran el Poder Constituyente voten favorablemente por separado el cambio constitucional. En estos asuntos fundamentales, cada provincia tiene derecho de veto.

Fórmula general: este procedimiento recibe el nombre de 7/50 y se aplica a todos los asuntos previstos en esta fórmula. En este caso, se requiere la aprobación de una resolución por las mayorías del Senado, de la Cámara de los Comunes y de al menos 7 Asambleas legislativas que representen como mínimo el 50 % de la población canadiense.

Fórmula relativa a normas constitucionales aplicables únicamente a las provincias interesadas: en este supuesto, basta con la aprobación del Parlamento y de la asamblea legislativa provincial respectiva.

En relación con el control de constitucionalidad, la ausencia de una norma procesal constitucional explícita ha permitido que los tribunales canadienses adoptaran el modelo de control de constitucionalidad difuso³, pues como declaró la Corte Suprema de Canadá, todo tribunal competente para conocer de un litigio puede realizar la verificación de constitucionalidad de la norma jurídica o del acto de gobierno en causa (SCR, *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003: párrs. 3 y 33-48).

El artículo 52(1) de la Ley Constitucional de 1982 establece la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma jurídica vigente. En un recurso judicial, la pretensión cuestiona la constitucionalidad de la norma jurídica de menor jerarquía. La reparación constitucional puede tener como efecto la anulación de una norma jurídica que ha sido declarada incompatible con la Constitución.

.....
 3 FATHALY, J. et al., *Les systèmes constitutionnels dans le monde*. Disponible en: <<http://juri-globe.ca/fr/>>.

La petición de inconstitucionalidad puede formar parte de una acción autónoma en la que un ciudadano legítimamente interesado solicita la declaratoria de incompatibilidad entre la norma inferior y la Constitución. La petición de inconstitucionalidad puede igualmente formar parte de un recurso judicial ordinario en el que la pretensión de inconstitucionalidad constituye un medio de defensa o permite el reconocimiento de un derecho. En el caso *Carter*, de 2015, el suicidio asistido era un comportamiento totalmente prohibido por el Código Criminal. La declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos del Código Criminal incompatibles con la Constitución permitió el reconocimiento del derecho al suicidio asistido por un profesional de la salud.

En adición a las acciones judiciales de inconstitucionalidad iniciadas por los ciudadanos, las provincias pueden igualmente intentar una acción de control de constitucionalidad cuando consideran que la autoridad federal se ha extralimitado en sus competencias constitucionales (CSC, *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015). La situación inversa, es decir, que la autoridad federal pida el control de constitucionalidad cuando considera que una provincia se ha extralimitado en sus competencias es igualmente posible.

Existe asimismo un pseudocontrol de constitucionalidad previo, pero facultativo. El mecanismo opera mediante el envío de una consulta sobre la constitucionalidad de un proyecto de reforma constitucional o legislativa que el ejecutivo federal o provincial presentan ante el tribunal competente (por ejemplo: CSC, *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014). El Gobierno federal lo presentará ante la Corte Suprema y las provincias ante la Corte de apelaciones de la provincia respectiva.

De acuerdo con el artículo 24 de la Carta canadiense de derechos y libertades de 1982, la inconstitucionalidad de una acción u omisión de un agente del Estado puede ser atacada judicialmente mediante demanda de reparación constitucional personal en el caso concreto. Es decir, el procedimiento puede generar el control de constitucionalidad de los actos de gobierno; en este caso, se impugna la actuación arbitraria del agente estatal. La reparación constitucional tiene como fuente el comportamiento contrario a

las normas constitucionales por parte de un agente del Estado. En este tipo de casos concretos, el juez tiene la libertad de otorgar la reparación que le parezca adecuada según las circunstancias (CSC, *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010).

El texto constitucional canadiense permanece estático y es difícil de modificar. Después de 1982, el Poder Constituyente no ha logrado reformar ninguna regla federal constitucional de tipo fundamental, pues las pocas reformas se han limitado a los aspectos puramente interpretativos o a ciertos asuntos estrictamente provinciales. Aunque la parte esencial del texto constitucional permanece congelada, la interpretación jurisprudencial es dinámica. El poder judicial considera que la constitución es un árbol viviente (CSC, *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007: párr. 23) y que su interpretación puede evolucionar con los cambios de los valores sociales (SCR, *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004, párr. 22-26) o con las nuevas evidencias científicas presentadas en los procesos contenciosos constitucionales.

La interpretación evolutiva de los textos constitucionales escritos y no escritos sigue la lógica imaginada por el filósofo estadounidense Ronald Dworkin en su libro *Law's Empire*. Dworkin compara el papel de los jueces con el de los novelistas que escriben una novela en cadena en la que cada autor escribe de manera consecutiva un capítulo que sigue la estructura lógica literaria de la misma historia (Dworkin, 1986: 250-252). Del mismo modo, en cada sentencia judicial el juez escribe un capítulo que sigue necesariamente el anterior. La totalidad de los capítulos (la jurisprudencia) hacen parte de una gran obra literaria que contiene el Derecho de un pueblo. El Derecho constitucional del pueblo canadiense está representado por un árbol viviente que evoluciona con el paso de los años y el cambio en el medio ambiente que lo rodea. Las modificaciones de los criterios jurisprudenciales pueden ocurrir, entonces, a causa de un factor externo al Derecho –por ejemplo, los nuevos valores sociales emergentes o las nuevas evidencias científicas sobrevinientes-. Esa es la lógica de las sentencias en los casos *Canadá c. Bedford* y *Carter c. Canadá*; en ellos, el cambio de los valores sociales dominantes o una actualización radical de la evidencia científica presentada en los recursos judiciales de

control de constitucionalidad generaron el cambio del precedente judicial constitucional en materia de prostitución y de suicidio asistido. En estos dos casos, por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá declaró inconstitucional los tipos penales relativos a las actividades relacionadas con la prostitución y la eutanasia.

Analizando este modelo, puede afirmarse que con la adopción de la Carta canadiense de derechos y libertades en 1982 muchos litigios se transformaron en pleitos constitucionales. La supremacía de la constitución, proclamada en el artículo 52(1) de la Ley Constitucional de 1982, se confirma cuando los jueces logran interpretar los derechos y las libertades fundamentales como las normas superiores de un sistema jurídico.

El profesor David Gilles, expresa una idea similar en los siguientes términos: «El juez complementa al legislador; por su parte, la jurisprudencia completa a la legislación. Sin embargo, esto no le da al juez la libertad de actuar políticamente»⁴.

La jurisprudencia de los últimos 35 años permite sostener que la cosa juzgada constitucional es definitiva cuando la Corte Suprema de Canadá declara inoperante una norma infraconstitucional. La declaratoria de constitucionalidad de una norma de menor jerarquía constituye un precedente judicial obligatorio, en la medida en que el principio *stare decisis* obliga a los tribunales jerárquicamente inferiores a respetar el criterio interpretativo constitucional adoptado por los tribunales superiores. Sin embargo, existe un motivo excepcional que no obliga hacia el futuro: los nuevos cuestionamientos jurídicos pueden abrir un nuevo debate de constitucionalidad. La cosa juzgada constitucional deviene relativa cuando la constitucionalidad de una norma admite excepcionalmente una segunda evaluación desde otra perspectiva argumentativa. La demanda de reevaluación debe resolverse cuando una nueva cuestión relativa a la constitucionalidad es formulada válidamente con motivos y pruebas sobrevinientes, pues esa nueva cuestión obliga al juzgador a reexaminar,

.....
4 GILLES, D. (2012): *Thémis et Diké : Introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville (Québec) : Éditions Yvon Blais, pp. 395.

para resolver si la norma acusada resiste a la nueva evidencia y argumentación jurídica que descalifican su validez (CSC, *Canadá c. Bedford*, 2013, párr. 41-42).

En el caso de los procesos judiciales contenciosos constitucionales, los hechos nuevos provienen de pruebas científicas sobrevinientes aportadas en los nuevos procesos. Las nuevas evidencias científicas que permitan hacer un análisis desde una nueva perspectiva conducen al reexamen de la constitucionalidad de una norma a pesar de que esta misma norma haya sido ya declarada constitucional en el pasado. Otra manera de argumentar hechos nuevos tiene lugar cuando se logra probar que los valores sociales dominantes de la sociedad canadiense han cambiado de manera sustancial entre el momento que se creó el precedente judicial constitucional inicial y momento de un nuevo juicio contencioso constitucional.

Un ejemplo paradigmático de esta situación es el caso de la eutanasia. En 1993, la mayoría de la Corte Suprema del Canadá declaró la constitucionalidad el tipo penal que criminalizaba la ayuda al suicidio (CSR, *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1993, p. 615). Sin embargo, en 2015, la Corte Suprema de Canadá declaró por unanimidad la inconstitucionalidad del mismo tipo penal que antes había considerado constitucional (CSC, *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015, párr. 147). Este es un ejemplo representativo de un claro cambio de precedente judicial en materia de control de constitucionalidad de normas infraconstitucionales. La cosa juzgada constitucional sería relativa en el caso de normas declaradas constitucionales, sobre todo cuando no se ha logrado la unanimidad de los jueces de la Corte Suprema de Canadá. Por ello, consideramos que la declaratoria de constitucionalidad de determinados tipos penales que criminalizan una conducta en un momento dado constituye una cosa juzgada relativa que requiere la unanimidad de la Corte Suprema de Canadá para devenir definitiva durante un período de tiempo prolongado.

En el contexto de un sistema de Derecho consuetudinario, la doctrina de la cosa juzgada y del precedente judicial constitucional relativo permite a los tribunales canadienses ser legisladores *ad hoc*. Ello significa

que, cuando el legislador elegido por los ciudadanos omite actualizar la legislación o lo hace de manera arbitraria, el juez, en ejercicio del control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales deviene un creador del Derecho que responde a la necesidad de actualizar las normas jurídicas arcaicas o contrarias a los nuevos valores sociales dominantes. Creemos que los juristas Jean y Laporte comparten nuestra conclusión cuando afirman: «El artículo 52 de la *Ley Constitucional de 1982* les permite a los Tribunales anular las reglas jurídicas incompatibles con la Constitución y a veces, cuando las circunstancias particulares se prestan a eso, de reescribirlas»⁵. De esta manera, el juez canadiense cumple el mismo trabajo del jardinero que cuida, conserva y endereza las ramas del árbol para que este perdure majestuosamente como el símbolo de la naturaleza viviente del bosque boreal canadiense.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

La Constitución canadiense reafirma los principios fundamentales de un gobierno federal democrático y los derechos garantizados por la Carta Canadiense de Derechos y Libertades contenida en la Ley de la Constitución de 1982 (*Charte canadienne des droits et libertés, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), constituyendo el principal instrumento de protección de los derechos humanos en Canadá.

La Carta garantiza a todos el derecho a la vida, la libertad y la seguridad (artículo 7), el derecho a la protección contra todo trato o castigo cruel e inusual (artículo 12), así como cuatro libertades fundamentales: a) libertad de conciencia y religión; b) la libertad de pensamiento, creencias, opinión y expresión, incluida la libertad de prensa y otros medios de comunicación; c) la libertad de reunión pacífica; y d) la libertad sindical (artículo 2).

.....
5 JEAN, H. y G. LAPORTE (2018): *Contentieux constitutionnel*, JurisClasseur Québec – Collection droit public, Montréal (Qc): LexisNexis Canada, pp. 4-2.

También establece el derecho a permanecer en Canadá y a entrar o salir de Canadá (artículo 6.1) para cualquier ciudadano canadiense. Por su parte, el derecho a la libertad de movimiento y el derecho de establecimiento están garantizados para cualquier ciudadano canadiense o cualquier residente permanente (artículo 6.2).

Como la mayoría de instrumentos similares, la Carta brinda a todos una serie de garantías judiciales, incluida la protección contra registros o incautaciones irrazonables (artículo 8) y contra la detención o el encarcelamiento arbitrarios (artículo 9). Asimismo, en caso de arresto o detención, asegura a todas las personas el derecho a ser informadas lo antes posible de los motivos de su arresto o detención, el derecho a recurrir sin demora a la asistencia de un abogado y a ser informado de este derecho, y el derecho a que se verifique la legalidad de su detención mediante un procedimiento de hábeas corpus y a obtener su liberación, si es necesario (artículo 10). Además, la Carta garantiza que todo acusado tiene los siguientes derechos: a) el derecho a ser informado sin dilación indebida del delito específico del que se le acusa; (b) a ser juzgado en un plazo razonable; c) a no ser obligado a declarar contra sí mismo en ningún proceso que se inicie por el delito que se le imputa; d) a la presunción de inocencia hasta que sea declarado culpable, de conformidad con la ley, por un tribunal independiente e imparcial después de un juicio justo y público; (e) a no ser privado de libertad sin justa causa bajo fianza razonable; f) a beneficiarse, salvo en el caso de un delito de competencia de la justicia militar, de un juicio por jurados cuando la pena máxima prescrita por el delito que se le imputa sea la pena privativa de libertad de cinco años o más; g) a no ser declarado culpable por un acto u omisión que, en el momento en que ocurrió, no constituía un delito según la legislación nacional de Canadá o según el Derecho internacional y no tuviera carácter criminal según los principios generales del Derecho reconocidos por todas las naciones; h) a no volver a ser juzgado por un delito del que haya sido absuelto definitivamente y, por otro lado, a no ser juzgado ni sancionado nuevamente por un delito por el que ha sido declarado culpable y sancionado definitivamente; i) a beneficiarse de la pena menos severa cuando

la pena que sanciona el delito por el que es condenado se modifica entre el momento de la comisión del delito y el de la condena (artículo 11). Finalmente, durante los procesos judiciales, la Carta garantiza el derecho de toda persona a que ningún testimonio incriminatorio que preste sea utilizado para incriminarlo en otros procesos, salvo en los procesos por perjurio o por testimonio contradictorio (artículo 13). Además, la Carta garantiza el derecho a la asistencia de un intérprete cuando, como parte o testigo, el acusado no pueda seguir los procedimientos, ya sea porque no comprende o no habla el idioma utilizado, o porque padece una discapacidad auditiva (artículo 14).

El pilar fundamental de la Carta es, sin duda, el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 15, que garantiza que la ley se aplique por igual a todos, y que todos tengan derecho a la misma protección y a los mismos beneficios que procura la ley sin discriminación alguna. Los motivos de discriminación prohibidos por la Carta son la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad o la discapacidad mental o física. Sin embargo, la Carta permite la implementación de medidas de discriminación positiva destinadas a mejorar la situación de las personas o grupos desfavorecidos, en particular por los motivos antes mencionados. El derecho garantizado es, en este caso, el derecho a la igualdad sustantiva, no a la igualdad formal (véase SCR, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, 1989).

En cuanto a los principios democráticos, la Carta establece el derecho a votar y a ser elegido en elecciones federales o provinciales (artículo 3.1), y limita la duración del mandato en la Cámara de los Comunes y en las legislaturas provinciales a cinco años, excepto en caso de guerra, invasión o insurrección (artículos 3.2 y 3.3).

Por último, la Carta contiene varias disposiciones sobre los idiomas oficiales (artículos 16 a 22) y sobre el derecho a la educación en la lengua minoritaria (artículo 23). Los demás derechos –comúnmente denominados derechos económicos, sociales y culturales– no están expresamente enunciados en la Carta. A pesar de algunos intentos, no se ha reconocido que esos derechos puedan estar implícitamente contenidos en los derechos

civiles y políticos garantizados por la *Carta* (véase, por ejemplo, SCR, *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002, donde se trató de demostrar que ciertos aspectos del derecho a la seguridad social están contenidos en el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona (artículo 7)).

Cabe señalar que la *Carta* solo protege a las personas, los ciudadanos o los imputados frente a las acciones de agentes del Estado, pero no frente a las de particulares.

La *Carta* establece que los derechos que garantiza pueden «ser restringidos únicamente por un Estado de Derecho, dentro de límites razonables y demostrablemente justificados en una sociedad libre y democrática» (sección 1). La Corte Suprema de Canadá ha determinado que, para que tal restricción sea válida, el Gobierno debe demostrar que la ley que propone limitar a un derecho constitucional es importante y necesaria y tiene un objetivo tanto urgente como real. La medida y sus efectos deben ser proporcionados, es decir, la medida debe estar vinculada de manera racional al objetivo perseguido y lesionar lo menos posible al derecho (véase SCR, *R c. Oakes*, 1986).

En cuanto a los recursos frente a la violación o denegación de esos derechos, además del derecho de hábeas corpus anteriormente mencionado (artículo 10), la *Carta* establece que cualquier persona víctima de la violación o de la denegación de estos derechos puede solicitar reparación ante un tribunal competente (artículo 24) (véase SCR, *Schachter c. Canada*, 1992). Hay multitud de recursos posibles (véase *Vancouver (City) c. Ward*, [2010] 2 SCR 28), entre ellos la acción de declaración de nulidad fundada en el artículo 52 de la Ley de la Constitución de 1982 (véase SCR, *Ontario (PG) c. G*, 2020) y la acción por daños y perjuicios por conducta claramente ilícita, mala fe o abuso de poder (véase SCR, *Mackin c. Nouveau Brunswick (Ministre des Finances)*; SCR, *Rice c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002; SCR, *R. c. Lloyd*, 2016). Por otro lado, en los casos penales, los tribunales tienen la opción de declarar una ley inválida o contraria a la *Carta* (véase, por ejemplo, *R. c. Big M SCR, Drug Mart Ltd.*, 1985).

Con respecto a los pueblos originarios de Canadá, el hecho de que la *Carta* garantice ciertos derechos y libertades no infringe los derechos o

libertades –ancestrales, convencionales u otros– de estos pueblos (artículo 25). En este sentido, el artículo 35 de la Ley de Canadá de 1982 garantiza los derechos existentes – derechos ancestrales o derechos concedidos en virtud de los tratados– de los pueblos originarios de Canadá. De este modo, se protegen los derechos ancestrales de los pueblos originarios, es decir, las prácticas, tradiciones y costumbres que caracterizan a la cultura única de cada nación y que eran ejercidos antes de la llegada de los europeos (por ejemplo, el derecho a cazar y pescar, o a explotar un recurso natural presente en el territorio tradicional) (véase, por ejemplo, SCR, *R c. Sparrow*, 1990). El título ancestral es el derecho más completo y representa un derecho al territorio. Este derecho deriva de la ocupación, el uso y la explotación intensiva del territorio por parte de los pueblos originarios antes de la afirmación de las soberanías europeas en Canadá. Una vez establecido mediante un proceso judicial, el título ancestral permite la utilización del territorio para diferentes usos por parte del pueblo originario, bajo algunas limitaciones (véase SCR, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, 1997; SCR, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014).

Ninguna disposición constitucional específica de manera explícita la jerarquía entre las normas de Derecho internacional y las del Derecho canadiense, incluso con respecto a los derechos humanos. Como la mayoría de las antiguas colonias británicas, Canadá es un país dualista. Así, «en los países que constituyen el Imperio británico, existe una regla bien establecida de que la celebración de un tratado es un acto que recae en el poder ejecutivo, mientras que el cumplimiento de sus obligaciones –si implica una modificación de las leyes del país– requiere la intervención del poder legislativo. En contraste con lo que ocurre en otros lugares, las estipulaciones de un tratado debidamente ratificado no tienen fuerza de ley en el Imperio. Si el Ejecutivo Nacional, el gobierno de turno, decide asumir las obligaciones de un tratado que implican cambios a las leyes vigentes, debe recabar el consentimiento –no siempre garantizado– del Parlamento a los cambios propuestos» (*P.G. du Canada c. P.G. de l'Ontario*, [1937] A.C. 326). Sin embargo, los tribunales canadienses están invitados a presumir que la ley canadiense es compatible con las normas del Derecho

internacional ratificadas por Canadá, con el Derecho internacional consuetudinario (véase, por ejemplo, SCR, *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, 1990) y, en particular, con las normas del Derecho internacional de los derechos humanos (véase SCR, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1999). Por otra parte, las normas aceptadas del Derecho internacional consuetudinario están generalmente reconocidas como parte de la *Common Law de Canada*, y pueden aplicarse en el orden jurídico interno (véase SCR, *Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.*, 2020).

Cabe señalar que, además de la Carta, la Ley Canadiense de Derechos Humanos (*Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R.C. (1985))), protege a todos contra la discriminación basada en la raza, el origen étnico o nacional, el color; la religión, la edad, el sexo (incluido el embarazo o el parto), la orientación sexual, la identidad o expresión de género, el estado civil, el estado familiar, el deterioro de las características genéticas (incluyendo el deterioro mental o físico, la desfiguración y la adicción al alcohol o a las drogas) y el estado indultado. Las personas que son víctimas de discriminación por parte de agentes estatales que pertenecen a la jurisdicción federal pueden apelar a la Comisión Canadiense de Derechos Humanos y, posteriormente, al Tribunal Canadiense de Derechos Humanos.

Algunas provincias también han adoptado leyes que garantizan el derecho a la igualdad y otros derechos fundamentales, así como la posibilidad de interponer recursos ante instituciones provinciales cuasi judiciales o judiciales para garantizar su respeto. Es el caso de la provincia de Quebec, por ejemplo, que cuenta con la Carta de Derechos y Libertades de la Persona (*Charte des droits et libertés de la personne* (C-12)), una Comisión de los derechos de la persona y los derechos de la juventud y un Tribunal de los derechos de la persona.

Bibliografía

Leyes

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.)

- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.U.)
- Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11, annexe A (R.U.)
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985 ch. C-29
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985 ch. C-50
- Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1
- Code civil du Québec, 1991.
- Code criminel (L.R.C. (1985), ch. C-46).
- Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José), 1969.
- Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces* (L.R.C. (1985), ch. F-8).
- Loi sur les Indiens* (L.R.C. (1985), ch. I-5).

Jurisprudencia

- Amax Potash c. Gouvernement de Saskatchewan* [1977] 2 RCS 576
- Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143
- Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince-Édouard* [2000] 1 RCS 3
- Attorney general of Alberta v Attorney General of Canada* (Re Alberta Statutes), [1938] UKPC 46
- Attorney General of Nova-Scotia v. Attorney General of Canada* (interdélé-gations), [1951] RCS 31
- Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 RCS 3
- Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817
- R. c. Beauguard* [1986] 2 RCS 56
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295
- Canada (Procureur général) c. Thouin*, [2017] 1 RCS 184
- Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 RCS 1101.
- Carltona c. Commissioner of Works*, [1943] 2 All E.R. 560
- Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 RCS 331
- Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)* [2012] 1 RCS 5

- Chagnon c. Syndicat des employés de la fonction publique du Québec*, [2018] 2 RCS 687
- Crevier c. Procureur général du Québec* [1981] 2 RCS 220
- Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010
- Doucet-Boudreau c. Procureur général de Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 RCS 3
- Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, 2014 CSC 44
- National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324
- Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 RCS 504
- Dunsmuir c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190
- Frank c. Canada*, [2019] 1 RCS 3
- Fraser c. Commission des relations de travail dans la fonction publique*, [1985] 2 RCS 455
- Figuroa c. Canada*, [2003] 1 RCS 912
- Gosselin c. Québec (Procureur général)* [2002] 4 RCS 429
- Harper c. Canada (Procureur Général)* [2004] 1 RCS 827
- Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 RCS 995
- Hodge c. R.*, (1883-84) 9 A.C. 117
- Libman c. Québec (Procureur général)* [1997] 3 RCS 569
- Liquidators of the Maritime Bank c. Receiver-General of New-Brunswick* (1892) AC 437
- Mackin c. Nouveau Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13
- Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en Conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 RCS 765
- Motard c Canada* 2019 QCCA 1826 – CANLII (Cour d'appel du Québec, permission d'appel à la Cour suprême rejetée le 23 avril 2020, CANLII 29392)
- Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 RCS 427
- Nevsun Resources Ltd. c. Araya et al.*, [2020] R.C.S. 5

- New-Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse, Président de l'Assemblée législative*, [1993] 1 RCS 319
- R c. Oakes*, [1986] 1 SCR 103
- Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)* [1991] 2 RCS 69
- Ontario (PG) c. G – 2020* SCC 38
- P.E.I. Potato Marketing Board c. H.B. Willis*, [1952] 2 RCS 392
- Procureur Général du Canada c. Procureur Général de l'Ontario*, [1937] A.C. 326
- Procureur général du Québec c. Blaikie* [1979] 2 RCS 1016
- Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14.
- R c. Mercure* [1988] 1 RCS 234
- Roncarelli c. Duplessis* [1959] RCS 121
- Renvoi sur la loi de 1979 sur la location résidentielle (Ontario)*, [1981] 1 RCS 714
- Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 RCS 704
- Renvoi relatif à la rémunération des juges de la cour provinciale*, [1997] 3 RCS 3
- Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 RCS 217
- Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525
- Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales de Saskatchewan*, [1991] 2 RCS 158
- Renvoi : droits linguistiques au Manitoba* [1985] 1 RCS 721
- Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698
- Rodriguez c. Colombie Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 RCS 519
- Roncarelli c. Duplessis* [1959] RCS 121
- Schachter c. Canada*, [1992] 2 SCR 679
- S.E.F.P.O. c. Procureur general de l'Ontario* [1987] 2 RCS 2
- R c. Sparrow*, [1990] 1 SCR 1075 *Spraytech (Société d'arrosage) c. Hudson (ville)* [2001] 2 RCS 241
- Switzman c. Elbling* [1957] RCS 285
- Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877
- Valente c. R.*, [1985] 2 RCS 673
- Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 SCR 28
- Vaid c. Canada (Président de la Chambre des Communes)*, [2005] 1 RCS 667
- Canada (Ministre de l'immigration Vavilov c)*, 2019 CSC 65

Doctrina

ÉMOND, A. (2016): *Introduction au Droit canadien*, Montréal: Wilson & Lafleur.

FATHALY, J. *et al.*, *Les systèmes constitutionnels dans le monde*. Disponible en: <<http://juri-globe.ca/fr/>>.

GILLES, D. (2012): *Thémis et Diké : Introduction aux fondements philosophiques du droit*, Cowansville (Québec) : Éditions Yvon Blais.

JEAN, H. y G. LAPORTE (2018): *Contentieux constitutionnel*, JurisClasseur Québec – Collection droit public, Montréal (Qc), LexisNexis Canada, 2018, hoja móvil 4, p 4/2.

OVALLE DIAZ, N. A. (2018): «*Los precedentes judiciales y la cosa juzgada constitucional en Canadá*», en V. Fernández (dir.), *Sistemas jurisprudenciales en América y Europa*, México: Tirant Lo Blanch, pp. 79-94.

-----, (2019): «El papel de Canadá en la protección de los derechos humanos en las Américas», *RGD*, v. 49, número hors-série.

■ CHILE

Claudio Nash R.*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

Debemos tener presente que la Constitución actualmente vigente en Chile fue elaborada bajo la dictadura y que, pese a las diversas reformas de que ha sido objeto desde el retorno a la democracia, sigue siendo un fiel reflejo de su origen ilegítimo. No es extraño, por ello, que en su texto original la Constitución de 1980 no hiciera referencia alguna a la forma política que caracterizaba al Estado de Chile. Solo en 2005 esta cuestión fue discutida en la principal reforma constitucional aprobada en el periodo democrático. El Gobierno planteó al Parlamento la introducción del Estado social y democrático de Derecho, pero esta propuesta fue rechazada por la mayoría del Congreso que tramitó la reforma¹. Así, solo se acordó una alternativa: el establecimiento del principio democrático con rango constitucional. Así, el actual texto constitucional consagra la siguiente fórmula en su artículo 4: «Chile es una república democrática». Aunque no existe una definición explícita del modelo de Estado, si acudimos a las

.....

¹*Doctor en Derecho. Académico Facultad de Derecho Universidad de Chile. Con la colaboración de Constanza Núñez y Natalia Morales, quienes revisaron este texto en forma y fondo.

Es importante tomar en consideración que en esa época aún persistía la figura de los senadores institucionales o designados, que alteraban las mayorías en el Senado. Asimismo, estaba vigente el sistema binominal, lo que garantiza la mitad del parlamento (Cámara de Diputados y Senado) para la minoría que obtenía un 34 % de la votación popular.

clasificaciones de modelo de Estado propuestas, por ejemplo, por Elías Díaz, en atención a la configuración constitucional de la Carta chilena y la interpretación constitucional, puede afirmarse que en ella se consagra el modelo de Estado liberal de Derecho².

En relación con la organización político-territorial, Chile es un estado unitario. La única experiencia federal fue la de la Constitución de 1826. Chile está organizado en 16 regiones, las regiones se organizan en provincias y estas en comunas. La máxima autoridad de las regiones es un intendente, que es el representante del presidente/a en la región, y los gobernadores, que también son nombrados por el presidente/a. Las comunas están gobernadas por un alcalde/sa elegido/a democráticamente por la comunidad en unos comicios que se celebran cada cuatro años; además, las comunas cuentan con un consejo electo democráticamente.

El artículo 3 de la Constitución dispone:

«El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional».

El sistema de gobierno regional fue reformado el año 2017 por la ley 20.990³. Esta ley consagró la elección democrática de los nuevos jefes regionales. La nueva estructura regional que entrará en vigor en 2021 es la siguiente:

.....
 2 DÍAZ, E. (2002): «Estado de Derecho y democracia», *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, núm. 19-20, pp.209-210.

3 Ley de reforma constitucional N° 20.990, que dispone la Elección Popular del Órgano Ejecutivo del Gobierno Regional. Publicada en el *Diario Oficial* el 05 de enero de 2017.

«Artículo 111. La administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región.

El gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de Derecho público y tendrá patrimonio propio».

Así, el gobernador regional es el órgano ejecutivo del gobierno regional y le corresponde presidir el consejo y ejercer las funciones y atribuciones que determine la Ley Orgánica Constitucional⁴ en coordinación con los demás órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Asimismo, asumirá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos que dependan o se relacionen con el gobierno regional (inciso 3° del artículo 111).

El cambio político de mayor relevancia estriba en que el gobernador regional será elegido por sufragio universal mediante votación directa y ya no será, por tanto, nombrado por el presidente/a de turno, lo que supone un importante paso en la democratización del país. Será electo quien obtuviere la mayoría de los sufragios válidamente emitidos y siempre que dicha mayoría sea equivalente, al menos, al 40 % de los votos válidamente emitidos, de conformidad con lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva. La duración en el cargo será de cuatro años y podrá ser reelegido consecutivamente solo para el período siguiente (inciso 4° del artículo 111). Asimismo, se contempla la segunda vuelta electoral entre las dos principales mayorías en el caso de que ninguna candidatura obtenga el 40 % de los votos (inciso 5° artículo 111).

El nuevo diseño político de administración territorial contempla un consejo regional como «órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador» [...] «encargado de hacer efectiva la participación de la

.....

4 Ley N° 19.175. Ley Orgánica Constitucional (LOC) sobre Gobierno y Administración Regional. Reformada por la ley 21.074. Publicada en el *Diario Oficial* el 15 de febrero de 2018.

ciudadanía regional y ejercer las atribuciones que la ley orgánica constitucional respectiva le encomiende» (artículo 113 inciso 1º). Sus miembros serán elegidos por sufragio popular (inciso 2º). Su principal función es la fiscalización de «los actos del gobierno regional», aunque tal función se limita a la rendición de cuentas (incisos 3 y 4). También le corresponde otra función relevante la aprobación del presupuesto de la respectiva región, considerando, a tal efecto, los recursos asignados a ésta en la Ley de Presupuestos, sus recursos propios y los que provengan de los convenios de programación (inciso 10º). El inciso final consagra la posibilidad de que los senadores y diputados que representen a las circunscripciones y distritos de la región puedan, cuando lo estimen conveniente, asistir a las sesiones del consejo y participar en el debate, pero sin derecho a voto. De esta forma, el Consejo pasa a constituir un importante espacio político en cada región, hoy inexistente.

La reforma constitucional de 2017 creó dos figuras nuevas: delegado presidencial regional (art. 115 bis) y delegado presidencial provincial (artículo 116), nombrados por el presidente/a, que ejercerán las atribuciones del cargo en la región y la provincia respectivamente. Su principal función es la coordinación, supervisión y fiscalización de los servicios públicos que funcionen en las regiones y provincias que dependan o se relacionen con el presidente/a de la República a través de un Ministerio.

Como hemos señalado, la administración comunal está encomendada a un alcalde/sa electo/a democráticamente. De acuerdo con el artículo 118 de la CPR, la duración de su mandato es de cuatro años y puede ser reelegido/a hasta por dos periodos⁵. Además, en cada comuna existe un consejo municipal elegido democráticamente que, igualmente, puede ser reelegido por dos periodos (artículo 119 CPR). El consejo trata de generar formas de participación y el artículo 119, inciso 2º, le encomienda funciones normativas, resolutivas y de fiscalización, aunque, en la práctica, el poder real está radicado en el alcalde/sa respectivo/a.

.....
 5 El límite a la reelección se legisló en 2019/20 en el marco de las protestas ciudadanas. Ley N° 21.238 publicada en el *Diario Oficial* el 08 de julio de 2020.

Es importante tener presente que los municipios son unas entidades fundamentales en la administración y que, de acuerdo con la Constitución, «las municipalidades son corporaciones autónomas de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna» (artículo 118, inciso 4º). En Chile, se han delegado en las municipalidades funciones centrales del Estado como la salud y la educación públicas. El manejo presupuestario es autónomo (artículo 122 CPR) y se basa en un fondo común y en los recursos directos de los municipios (patentes comerciales, permisos de circulación, entre otros), mecanismo que genera grandes desigualdades (de hasta 7,9 veces) entre unas pocas comunas de altos ingresos y una mayoría de comunas con ingresos muy reducidos⁶.

Las municipalidades están reguladas por una ley orgánica constitucional (LOC N° 18.695) y son supervisadas administrativamente por la Contraloría General de la República (art. 98 CPR).

La ciudadanía y la nacionalidad están reguladas en la primera parte de la Constitución (bases de la institucionalidad), concretamente en el Capítulo II (artículos 10 al 18), en el que también están reconocidos los derechos político-electorales.

Los artículos 10 a 12 de la Constitución establecen los criterios para adquirir la nacionalidad chilena. El artículo 10 dispone que son nacionales: a) Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena; b) Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero (siempre requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena); c) Los extranjeros que obtuvieron carta de nacionalización de

.....

6 Un detalle con los ingresos municipales está disponible en: <<https://chiledescentralizado.cl/presupuesto-por-habitante-comunas-tienen-diferencias-de-hasta-ocho-veces/>>.

conformidad con la ley, y d) Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley.

Así, se reconoce la nacionalidad por el mero hecho de haber nacido en territorio nacional (*ius soli*), pero con dos limitaciones: los hijos de extranjeros al servicio de su Gobierno, y los extranjeros en tránsito, aunque en ambos casos se consagra el derecho a optar por la nacionalidad chilena bajo condiciones que establece en el Decreto 5142⁷. Asimismo, se consagra la nacionalidad basada en la consanguinidad (*ius sanguinis*), para hijos/as de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, pero con límites vinculados a que los progenitores hayan obtenido la nacionalidad mediante formas distintas a la consanguínea. Otra forma de adquirir la nacionalidad es la obtención de la carta de nacionalización para los extranjeros mayores de 18 años con residencia por más de cinco años de forma continua en el país y que tengan residencia permanente; también procede respecto a los mayores de 14 con autorización de sus padres o tutor legal. Se excluyen aquellos que hayan sido condenados o que estén procesados por crimen o delito simple, aquellos que no acrediten ingresos, los que practiquen o difundan doctrinas que puedan producir la alteración del régimen social o político o afectar a la seguridad nacional, los que se dediquen a trabajos ilícitos o atenten contra las buenas costumbres, la moral o el orden público y, en general, aquellos extranjeros cuya nacionalización no se estime conveniente por razones de seguridad nacional⁸. Finalmente, se puede adquirir la nacionalidad por gracia o por ley en caso de personas que han servido destacadamente al país (art. 10. 4° CPR).

De acuerdo con el artículo 11, la nacionalidad se pierde en los siguientes casos: por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente –renuncia que solo producirá efectos si la persona,

.....
7 Decreto 5142 del Ministerio del Interior. Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización extranjeros (artículo 10°).

8 Decreto 5142 del Ministerio del Interior. Fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización extranjeros (artículo 3°).

previamente, se ha nacionalizado en país extranjero—; por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados; por cancelación de la carta de nacionalización; y por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia. Los que hubieren perdido la nacionalidad chilena por cualquiera de las causales establecidas en este artículo, solo podrán ser rehabilitados por ley.

La ciudadanía se obtiene automáticamente mediante el cumplimiento de dos requisitos: cumplir 18 años y no haber sido condenado a pena de prisión superior a 3 años y un día (art. 13. 1º de la Constitución). La condición de ciudadano otorga los derechos de sufragio, a optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran (inciso 2º). El artículo 17 estipula que el estatus de ciudadano se pierde en tres casos: por pérdida de la nacionalidad chilena; por condena a pena aflictiva; y, por condena por delitos que la ley califique como conducta terrorista y los relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva. Los que hubieren perdido la ciudadanía por la causal indicada en el número 2º del artículo 17 la recuperarán, de conformidad con la ley, una vez extinguida su responsabilidad penal. Los que la hubieren perdido por las causales previstas en el número 3º podrán solicitar su rehabilitación al Senado una vez cumplida la condena.

La ciudadanía confiere derechos político-electorales (el derecho de sufragio activo y pasivo y los demás que la Constitución y las leyes confieran). De acuerdo con el artículo 15 constitucional, en las votaciones populares el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario; además, solo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en la Constitución.

Desde 2014, el derecho a sufragio también se reconoce a los ciudadanos/as que vivan fuera del territorio nacional en las elecciones presidenciales y los plebiscitos nacionales (art. 13, inciso 3º). Además, se reconoce el derecho de sufragio a los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso 1º del artículo 13 (art. 14 CPR); quienes se hayan nacionalizado podrán optar a cargos públicos una vez transcurridos 5 años desde que obtuvieran su

carta de nacionalización (art. 14 inciso 2º). En el caso de quienes obtienen nacionalidad por consanguinidad o gracia, el reconocimiento de los derechos de ciudadanía está condicionado que la persona se haya avocindado en Chile por más de un año (art. 13, inciso final).

El artículo 16 de la Constitución dispone que el derecho de sufragio se suspende en las siguientes situaciones: por interdicción en caso de demencia; por hallarse la persona acusada por delito que merezca pena aflictiva o terrorismo; y por hallarse condenada por el Tribunal Constitucional debido a su implicación en actos que determinen la inconstitucionalidad de un partido, movimiento u otras formas de organización política «cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política» (art. 19 N° 15 inciso 6º).

Por último, el artículo 18 de la Constitución regula el sistema electoral. La Constitución dispone que una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios en todo lo no previsto por la Constitución y garantizará siempre la plena igualdad entre los candidatos independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los comicios. Además, dispone que dicha ley debe establecer un sistema de financiamiento, transparencia, límite y control del gasto electoral. Respecto al registro electoral, este debe ser regulado por una ley orgánica constitucional bajo la dirección del Servicio Electoral⁹. Finalmente, se consagra que el resguardo del orden público durante los actos electorales y plebiscitarios corresponderá a las Fuerzas Armadas y Carabineros del modo que indique la ley.

En síntesis, la Constitución consagra un sistema electoral que funciona en lo básico, pero que aún presenta una baja participación de

.....

9 La ley orgánica constitucional que regula estas materias es la LOC 18.556.

candidatos independientes y un sistema de control administrativo y financiero muy débil. En una futura Constitución debería fortalecerse el sistema de control de los partidos, los movimientos y las elecciones y abrir espacios de participación política de la ciudadanía en igualdad de condiciones.

Chile es una sociedad plural con una fuerte presencia de pueblos indígenas. La ley chilena reconoce la existencia de al menos 9 pueblos indígenas principales; los censos nacionales han dado cuenta de que al menos un 12 % de la población pertenece a alguno de estos pueblos, con una presencia mayoritaria del pueblo mapuche¹⁰. Sin embargo, la Constitución no reconoce a los pueblos indígenas y se define como un Estado unitario con una única nación (artículos 3 y 5). En este sentido, la Constitución plasma una concepción de la homogeneidad fuertemente arraigada en la élite chilena que explica la resistencia a reconocer constitucionalmente a los pueblos indígenas. Efectivamente, desde 1990 se han presentado varias iniciativas de reforma constitucional orientadas al logro de este objetivo, pero ninguna ha sido aprobada¹¹.

El diseño constitucional de organización del Estado se estructura bajo una idea unitaria, tanto en la administración territorial como en una noción de unidad étnico-cultural que impide el reconocimiento de grados relevantes de diversidad territorial, política y cultural. Así, estamos ante un modelo de Estado basado en una idea de democracia representativa que ha rechazado la articulación de un Estado social y democrático de Derecho –y de derechos–: si bien reconoce derechos ciudadanos, estos son más bien formales y no sustantivos.

.....

10 Datos obtenidos a partir del último censo de población (2017), véase información general sobre pueblos indígenas en Chile, disponible en: <<https://www.iwgia.org/es/chile/3738-mi-2020-chile.html>>.

11 NASH, C. y C. NÚÑEZ (2015): *Reforma constitucional y pueblos indígenas en Chile. Apuntes para el debate* (Santiago de Chile), edición en PDF. Disponible en: <http://www.dialogojurisprudencial.org/pdf/Informe_Reforma_Const_PPII.pdf>.

En Chile, la soberanía reside en la nación y no en el pueblo (artículo 5, inciso 1º), lo que dificulta el desarrollo de mecanismos de participación política directa. Asimismo, la Constitución reconoce límites a la soberanía en los «derechos que emanan de la naturaleza humana» (art. 5, inciso 2º). En la reforma constitucional que dio paso a la democracia en 1989, ese límite se amplió a los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile.

En relación con el rol del Estado, si bien se consagra el principio de servicialidad (art. 1), a través de una serie de limitaciones en su actuar, particularmente en materia económica, la Constitución implementa un rol subsidiario del Estado.

Por otra parte, el artículo 1, inciso 1º consagra desde 1999 la igualdad entre hombres y mujeres, pero no existe una cláusula general de igualdad y no discriminación, déficit que dificulta la implementación de medidas para generar condiciones de igualdad material o real desde el Estado.

En definitiva, ante un modelo constitucional arcaico que no da cuenta de la realidad política y social. En este sentido, el desafío para el proceso constituyente es generar las bases de un diseño institucional acorde con los retos que plantea el siglo XXI, no los del siglo XIX.

A continuación, profundizaremos en algunas de estas materias.

2. Modelo económico

En la historia constitucional chilena nunca se definió un modelo económico y solo se instituyeron algunos vínculos entre economía y Constitución (por ejemplo, se establecieron tanto la fijación de precios como ciertos requisitos de entrada para la actividad económica). El debate más profundo sobre el modelo constitucional y económico se produjo durante el Gobierno de Salvador Allende (1970-1973), cuando se discutió la reforma constitucional orientada a establecer y garantizar la existencia de tres áreas en la economía¹². Por ello, la Constitución de 1980 supuso un quie-

.....
 12 Esta reforma se discutió en el Congreso entre los años 1971 y 1972, y fue aprobada por el Congreso Pleno el 19 de febrero de 1972.

bre radical, ya que se trata de un documento fuertemente ideologizado que consagró un orden económico caracterizable como «neoliberal». El sustento de este modelo es el amplio margen de acción del mercado y la jibarización de la actividad del Estado, que se limita a subsidiar algunos ámbitos en los que los particulares no tienen interés en intervenir¹³.

La Constitución consagra un andamiaje institucional construido sobre los siguientes principios¹⁴:

- a) El derecho a la propiedad –y de propiedad–, que está reconocido y garantizado de manera amplia (art. 19. 23° y 24°).
- b) El derecho de toda persona a emprender las actividades económicas que estime conveniente, con el solo límite de la moral, el orden público o la seguridad nacional (art. 19.21°), así como el reconocimiento y la protección de una serie de libertades laborales (libertad de trabajo, de contratación, de elección del trabajo, de negociación colectiva y –limitadamente– el derecho huelga (art. 19.16°)). La característica determinante de este modelo es que garantiza al sector privado una amplia libertad y establece importantes restricciones a la intervención del Estado en la economía.

.....

13 Citando a Castells, Ricardo French-Davis apunta: «Manuel Castells señala que el modelo de desarrollo chileno se caracteriza, a partir de 1973, por ser liberal en lo económico, autoritario en lo político y excluyente en lo social. De una economía cuyo principal motor era el Estado, pasamos a una abierta y de mercado. A través de privatizaciones, desregulaciones y liberalizaciones de la economía, el gobierno dictatorial llamó a las empresas privadas a remplazar al Estado en un nuevo papel económico: conquistar los mercados internacionales. Este modelo de economía abierta y de mercado se ha mantenido las últimas cuatro décadas pero con diferentes modalidades» (Ricardo FFRENCH-DAVIS, R. «El modelo económico chileno en dictadura y democracia: mitos y realidades». Disponible en: <<http://www.asuntospublicos.cl/wp-content/uploads/2012/06/967.pdf>>.

14 En esta materia, seguimos el trabajo de Juan Carlos FERRADA, J. C., (2000): «La Constitución Económica de 1980. Algunas Reflexiones Críticas» *Revista de Derecho*, Vol. XI, pp. 50-51 y CEA, J. L. (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 157-158.

- c) Un conjunto de normas que regulan la actividad económica del Estado. Así, la Constitución consagra algunos principios relativos a la igualdad de trato en materia económica como el reparto equitativo de los tributos y demás cargas públicas (art. 19.20°). Asimismo, establece un claro límite a las facultades expropiatorias del Estado (art. 19.24°). El texto constitucional contiene, además, disposiciones para proteger el medio ambiente mediante recursos constitucionales (art. 19.8° CPR). Por otra parte, establece algunas prohibiciones, entre ellas la de los monopolios estatales sobre los medios de comunicación social (art.19.12° CPR). Por último, la Constitución consagra la iniciativa exclusiva del presidente de la República en materia de legislación presupuestaria (art. 63 CPR).
- d) Finalmente, la Constitución instauro una organización basada en la ley para desarrollar la esfera económica (arts. 63 y 65), regula la forma en que se desarrolla la fiscalización y control de los fondos públicos (arts. 98-100) y establece normas relativas a la creación y los principios de organización y funcionamiento independiente del Banco Central de Chile (arts. 108-109). Asimismo, prevé una serie de dispositivos jurisdiccionales de carácter constitucional para cautelar los derechos reconocidos en la norma suprema (arts. 20 y 93).

Aunque el texto constitucional no instauro explícitamente un modelo económico, todo el entramado constitucional configura una clara opción por el modelo neoliberal más extremo –inspirado, como es sabido, en la escuela de Chicago¹⁵–. Este patrón de política económica es consagrado constitucionalmente y protegido a través de una serie de mecanismos destinados a evitar modificaciones estructurales del mismo.

.....

15 Sobre la forma en que se instaló el modelo neoliberal en Chile, véase RUIZ, C. (2019): *La política en el neoliberalismo. Experiencias latinoamericanas*, Santiago de Chile: LOM Ediciones, pp. 277-356.

Tales limitaciones están garantizadas tanto por los mecanismos de reforma constitucional como por la ausencia de iniciativas ciudadanas de reforma¹⁶. Asimismo, los mecanismos de control del Estado sobre la actividad de los actores privados, incluidos los servicios públicos privatizados, son débiles: aunque están previstos algunos instrumentos de control de la actividad privada, estos no permiten realizar una eficaz fiscalización por parte del poder público. A modo de ejemplo, la Contraloría solo supervisa la actividad estatal, no la privada (CPR, arts. 98-100); en la práctica, las superintendencias destinadas a controlar a los privados no han tenido capacidad real de controlar las distorsiones más graves de los mercados, el medio ambiente y los servicios concesionados, entre otros ámbitos; la fiscalía económica puede controlar la competencia económica, pero dispone de pocos instrumentos sancionatorios para llevar a cabo una acción disuasoria efectiva de las prácticas ilícitas de los privados; la protección de consumidores frente a abusos de agentes privados es limitada, restricción garantizada por el propio Tribunal Constitucional¹⁷. Por otra parte, la gestión económica se desvincula de la política a través de la autonomía del Banco Central, cuyos consejeros/as no pueden ser objeto de responsabilidad política. En definitiva, la Constitución delinea un armazón jurídico-político caracterizado por la práctica ausencia del Estado en la gestión y el control de la economía, diseño que ha contribuido a la consolidación de un ideal fuertemente ideologizado de «orden público económico» como sustento normativo del modelo económico que ella misma consagra.¹⁸

Este marco constitucional, por tanto, limita fuertemente la posibilidad de que se defina un modelo económico alternativo a través de los procesos electorales. De este modo, se priva de toda relevancia a la discusión política corriente y todo el entramado constitucional queda definido

.....
¹⁶ ATRIA, F. (2013): *La Constitución Tramposa*, Santiago de Chile: LOM Ediciones.

¹⁷ Tribunal Constitucional de Chile. STC, rol 4012-2017.

¹⁸ Véase RUIZ-TAGLE, P. (2000): «Principios constitucionales del Estado Empresario», *Revista de Derecho Público*, vol. 62, pp. 48-65.

en un «momento constituyente» que fue, en su día, impuesto a través de la fuerza por una dictadura.

En relación con los derechos fundamentales, particularmente los derechos económicos sociales y culturales, la Constitución sigue las pautas del modelo neoliberal y no los garantiza¹⁹. Puede afirmarse, por ello, que en el texto constitucional de 1980 –reformado– sigue primando una fundamentación iusnaturalista²⁰ (artículos 1.1º, 5.2º y 19²¹) y una formulación «clásica» de los derechos fundamentales, entendidos como límites que reclaman la abstención (o la no interferencia) del Estado, concepción que tiene su correlato en la atenuación de la dimensión prestacional y la acción positiva del aparato estatal. Esta conclusión se desprende de la sola lectura del catálogo de derechos constitucionales.

En efecto, el articulado de la Constitución ha seguido muy de cerca la visión restrictiva de los derechos que sostiene Carl Schmitt²². En este sentido, solo se reconocen como derechos fundamentales aquellos que están vinculados a la protección «negativa» de los sujetos, esto es, aquellos derechos que permiten limitar la actuación del Estado y restringir su injerencia en el ámbito íntimo de la persona. En el texto constitucional, los derechos de libertad son el núcleo central y la columna vertebral del entramado de derechos del artículo 19. Así, encontramos manifestaciones de

.....
 19 Un excelente estudio sobre la historia constitucional chilena en RUIZ-TAGLE, P. (2006): «El Constitucionalismo chileno: entre el autoritarismo y la democracia», en Cristi y Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, Santiago de Chile: Lom Ediciones, pp. 79-143.

20 El profesor J.L. Cea señala que «el Poder Constituyente asume una concepción afín con el Derecho Natural, según la cual los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona» (CEA, J. L. (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, t. II, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 56).

21 Artículo 1, inciso 1º: «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Artículo 5, inciso 2º, primera parte: «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana». Artículo 19: «La constitución asegura a todas las personas [...]».

22 SCHMITT, C. (1992): *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza Editorial.

la libertad negativa –la protección de libertad como no interferencia– en numerosos incisos del artículo 19: 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º, 19º, 21º, 23º y 24º. A su vez, el Estado debe evitar intervenir en la actividad de los privados y proteger exclusivamente el ámbito de libertad personal en las esferas individual y social.²³ Por su parte, la igualdad está consagrada en su triple dimensión: a) como derecho de igualdad (artículo 19.2º y 3º); b) como igualdad de trato en el art. 19. 17º, 20º y 22º; y c) como igualdad material, en el art. 19.18º, relativo a las prestaciones de la seguridad social. Las expresiones del derecho de igualdad como mandatos de organización del aparato del Estado se hallan en los numerales 9º (salud), 10º (educación) y 11º (libertad enseñanza) del mismo artículo 19. El análisis de este elenco de derechos demuestra evidencia que los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional a través del repetido art. 19 son básicamente derechos de libertad. En efecto, dos de los derechos que son clásicamente considerados derechos de igualdad material –la salud y la educación– se establecen en el texto constitucional chileno como mandatos de organización (o de optimización) y no como derechos exigibles directamente, como sí ocurre con las normas que reconocen las libertades negativas. La excepción es el inciso tercero del numeral 10, que establece claramente un derecho a la educación primaria y superior gratuita.

Por lo que respecta a la garantía jurisdiccional de los derechos, cuestión que analizaremos más abajo, la Constitución establece su tutela a través de un mecanismo procesal (el recurso de protección, art. 20) que, si bien es una innovación en materia de garantías, presenta limitaciones relativas a su ámbito material, es decir, a los derechos que pueden ser objeto de protección constitucional²⁴. Precisamente, los derechos de contenido prestacional se diseccionan y solo se protege la dimensión de «libertad» de los mismos, pero no su contenido sustantivo (art. 19. 9º, 10º y 11º), dimensión

.....
23 Seguimos aquí la terminología de Alexy; véase ALEXY, R. (2002): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 353-354.

24 GÓMEZ, G. (2012): *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*, Santiago-Chile: Ediciones UDP.

privada de la garantía constitucional que brinda acción de protección. Además, la aplicación práctica de este recurso enfrenta un problema, ya que los tribunales chilenos han realizado un acercamiento formal y restrictivo de los derechos. Esta *praxis* jurisprudencial, basada en una interpretación restrictiva de la acción de protección, es contraria a la tendencia presente en otras jurisdicciones que han puesto énfasis en la informalidad del recurso como una condición básica para que este cumpla sus fines²⁵.

Además, el modelo económico no solo está consagrado como estructura institucional: también ha ido desarrollándose a través de la labor del Tribunal Constitucional, que ha reforzado el modelo constitucional heredado de la dictadura militar²⁶. Destacan, a este respecto, sus sentencias relativas al Estado empresario²⁷; su robusta interpretación del derecho de propiedad²⁸; y las que hacen referencia a la autonomía de grupos intermedios²⁹.

Como hemos señalado, la Constitución Política vigente en Chile consagra un modelo económico neoliberal y establece una serie de mecanismos para garantizar su pervivencia más allá de los cambios políticos. Este consenso sobre el modelo económico ha sido consagrado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional y no ha experimentado transformaciones relevantes durante las casi tres décadas de democracia.

Si bien desde el retorno a la democracia se han introducido algunas modificaciones en el modelo con base en amplios consensos políticos, ninguna de ellas ha tenido como objetivo alterar las bases del diseño económico del país. En efecto, las reformas operadas en los ámbitos tributario y laboral se han orientado a evitar los excesos del sistema, pero no a transformarlo; el debate más serio sobre la modificación del modelo económico

.....

25 NASH, C. *La concepción de los derechos fundamentales*, México: Fontamara, 2010.

26 NAVARRO, E. (2016): *La Constitución Económica chilena ante los Tribunales de Justicia*, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae:

27 Tribunal Constitucional, STC, rol 167-1993.

28 Tribunal Constitucional, STC, roles 334-2001, 505-2006, 541-2006 y 1215-2008.

29 Tribunal Constitucional. STC, roles 2487-2013, 2541-2013, 2731-2014.

se produjo bajo el Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018)³⁰, pero no fue más allá del discurso sobre el diseño económico³¹.

En este sentido, estamos obligados a prestar atención a las intensas demandas ciudadanas surgidas a partir de los movimientos sociales que hicieron crisis en octubre de 2019. Estos movimientos no solo plantearon críticas a ciertos aspectos sectoriales (educación, salud, previsión, vivienda) del modelo chileno, sino que pusieron en cuestión los límites que impiden una transformación de fondo al modelo político y económico diseñado en dictadura.

Finalmente, no es posible enfrentar la discusión sobre los cambios constitucionales en Chile sin abordar un tema clave para el país: la captura del Estado por parte del poder económico. Este fenómeno genera una tensión entre la nueva visión del rol de la Constitución que se pretende impulsar –y que apunta a la transformación social– y el reconocimiento de los obstáculos que impiden lograr este objetivo, trabas asociadas a la capacidad del poder económico para bloquear los cambios necesarios precisamente a través de las distintas formas en que el Estado ha sido capturado. En este punto, el debate sobre la corrupción en Chile –particularmente, la corrupción vinculada con el financiamiento de la política– es un claro ejemplo de los límites del acuerdo político para llevar adelante las transformaciones que representan a las mayorías sociales³².

3. Modelo político y sistema de gobierno

El modelo instaurado por la dictadura en la Constitución de 1980 es un diseño autoritario en lo político que consagra un modelo hiperpresidencialista en el que la figura del presidente no está constreñida por los

.....
30 Véase: <https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/02/150202_chile_bachelet_reformas_vs>.

31 Una buena síntesis está disponible en: <<https://www.dw.com/es/las-promesas-cumplidas-y-las-deudas-de-michelle-bachelet/a-41387483>>.

32 NASH, C. (2017): «Dictadura, transición y corrupción. Algunas lecciones del caso chileno», *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*. REDIAJ, núm. 8, pp. 353-408.

contrapesos y los controles efectivos de otros poderes estatales³³. En el modelo original, este andamiaje autoritario era tutelado por las Fuerzas Armadas y de Orden, a quienes se dotaba de una serie de atribuciones de control de la actividad política (de acuerdo con el inciso 2 del artículo 90, que garantizaba «el orden institucional de la república»). Así, se establecía la inamovilidad de los comandantes en jefe de las instituciones militares y de los Carabineros, que formaban parte del Consejo de Seguridad Nacional y, además, participaban en el nombramiento de altas autoridades, entre otras prerrogativas.

La reforma constitucional de 2005 removió varios de estos «enclaves autoritarios» e hizo posible dejar atrás el modelo de democracia tutelada por las instituciones militares, pero no transformó la esencia del modelo hiperpresidencialista consagrado en la Constitución. A continuación, revisaremos algunas de las facultades atribuidas al presidente de turno que nos permiten sostener la tesis del carácter preponderado de la presidencia de la República en el diseño constitucional³⁴.

El poder de la presidencia de la República en Chile se manifiesta en su intensa e invasiva intervención en el proceso legislativo, donde es un verdadero colegislador. Así, de acuerdo con la Constitución, el presidente de turno tiene la iniciativa exclusiva para presentar proyectos de ley que impliquen gasto de recursos del Estado (art. 65) y fija las prioridades de la agenda legislativa (art. 74); presenta el proyecto de ley de presupuesto de la nación (art. 67); puede vetar leyes (art. 73); puede volver a presentar proyectos de ley rechazados por una de las Cámaras (art. 68). Por otra parte, el presidente goza de importantes poderes para nombrar las autoridades públicas: participa en el nombramiento del contralor de la República, de los ministros de las altas cortes, incluida la Corte Suprema (propone el nombre al Senado de una quina que entrega la Corte Suprema), de los

.....
 33 Sobre el debate sobre si Chile es un caso de hiperpresidencialismo o de «presidencialismo reforzado», CONTRERAS, P. y D. LOVERA (2020): *La Constitución de Chile*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 140-142.

34 *Ibidem*, pp. 97-142.

comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y los Carabineros, de los embajadores y los ministros, entre otros (arts. 32 y 33); tiene la facultad para convocar al Consejo de Seguridad Nacional, organismo que preside (arts. 106 y 107 CPR); puede declarar los estados de excepción constitucional con escasos controles políticos y judiciales (arts. 39-45 CPR); y no existe un mecanismo para revocar su mandato. Todas estas facultades, competencias y atribuciones constitucionales convierten al presidente en la autoridad con mayor poder en el Estado.

De acuerdo con el art. 26 de la Constitución, el presidente de la República es elegido por sufragio universal en votación directa y por mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos (art. 26). Su mandato dura 4 años y no puede ser reelegido para un período inmediato, pero sí para uno posterior. Los requisitos para acceder a la presidencia de la República son los siguientes: ser chileno (por nacimiento o consanguinidad), tener más de 35 años y poseer las condiciones para ser ciudadano con derecho a sufragio (art. 25 CPR). El término del mandato presidencial se produce por cumplimiento del período para el cual fue electo/a; por sanción política (arts. 52 y 53 CPR); por impedimento físico o mental declarado por el Senado (art. 53 N° 7 CPR); y por dimisión, que debe ser aceptada por el Senado (art. 53 N° 7 CPR).

En Chile existe un Parlamento bicameral formado por la Cámara de Diputados y el Senado. La composición de ambas Cámaras y el sistema electoral fueron reformados en 2015. Desde entonces, hay 155 diputados/as y 50 senadores/as.³⁵ Esta reforma se llevó a cabo a través de una ley, ya que el número de integrantes del Parlamento y su sistema de elección no están regulados constitucionalmente. En el caso del Senado, la nueva composición de 50 miembros solo se hará efectiva en la elección de 2021 (actualmente, el Senado está compuesto por 43 miembros). El sistema electoral es proporcional desde 2017, año en el que fue modificado el sistema

.....
35 Ley N° 20.840 sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo y fortalece la representatividad del Congreso Nacional. Fue publicada en el *Diario Oficial* el 5 de mayo de 2015.

binominal existente desde el retorno a la democracia, sistema en virtud del cual una minoría del 34% obtenía la mitad de los escaños parlamentarios.

Como hemos visto, la Cámara de Diputados está compuesta por 155 miembros, electos por distritos electorales. Su mandato es de 4 años y pueden ser reelectos dos veces (así lo estableció la reforma de 2020, aprobada en el marco de las movilizaciones sociales iniciadas en octubre de 2019³⁶). El art. 51 de la Constitución establece que las funciones exclusivas de la Cámara de Diputados son las siguientes: la fiscalización de los actos de gobierno a través de acuerdos y observaciones; las citaciones a los ministros de Estado (interpelaciones); la creación de comisiones especiales investigadoras; y la aprobación de las acusaciones constitucionales que consagra la Constitución.

En relación con los senadores/as, su mandato es de 8 años y pueden ser reelectos una vez (Ley N° 21.298). El artículo 53 de la Constitución dispone que las funciones exclusivas del Senado son las siguientes: conocer de las acusaciones constitucionales que apruebe la Cámara de Diputados; decidir la admisión de acciones judiciales contra ministros de Estado por particulares; conocer de las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia; otorgar la rehabilitación de la ciudadanía; prestar o negar su consentimiento a los actos del presidente de la República en los casos en que la Constitución o la ley lo requieran; prestar su consentimiento para que el presidente de la República pueda ausentarse del país por más de treinta días; declarar la inhabilidad del presidente de la República o del presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo incapacite para el ejercicio de sus funciones; y declarar, en el caso de que el presidente de la República dimita de su cargo, si los motivos de la renuncia son o no fundados y, en consecuencia, admitirla o rechazarla (en ambos casos, deberá oír previamente al Tribunal Constitucional); aprobar, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la declaración del Tribunal Constitucional sobre

.....
 36 Ley N° 21.238 Reforma Constitucional para limitar la reelección de las autoridades que indica, publicada en el *Diario Oficial* el 8 de julio de 2020.

la inconstitucionalidad de partidos o movimientos políticos; aprobar, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto conforme de los dos tercios de los senadores en ejercicio, la designación de los ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y del fiscal nacional, y, emitir dictámenes dirigidos al presidente de la República en los casos en que este lo solicite.

El artículo 54 de la Constitución atribuye al Congreso las funciones exclusivas de aprobar o desechar los tratados internacionales que someta a su conocimiento el presidente; y de pronunciarse –cuando la Constitución lo requiera– sobre los estados de excepción constitucional.

En cuanto a la tramitación de las leyes (arts. 65 a 75 de la Constitución), es un proceso en el que, como hemos señalado, intervienen tanto el presidente como el Congreso. De acuerdo con el artículo 65 constitucional, los proyectos de ley pueden iniciarse en la Cámara de Diputados o en el Senado (hay ciertas materias cuya propuesta de regulación debe iniciarse necesariamente en una u otra Cámara). Algunos proyectos de ley solo pueden ser presentados por iniciativa del presidente (particularmente, los que dicen relación con la distribución territorial y los que incidan en la administración financiera o presupuestaria). La Constitución establece una serie de cuórum para la aprobación de distintas leyes (3/5 en aquellas que interpreten preceptos constitucionales, 4/7 en las leyes orgánicas constitucionales, mayoría absoluta de miembros en ejercicio en leyes de cuórum calificado y mayoría de miembros presentes en las leyes ordinarias). La aprobación de una reforma Constitucional exige un cuórum de 3/5, excepción hecha de la modificación que afecta a las materias de los Capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, para la que se exige un cuórum de 2/3.³⁷

En caso de que una de las Cámaras rechace en su totalidad un proyecto de ley, el artículo 70 de la Constitución prevé la creación de una

.....
37 Capítulo I (bases de la institucionalidad), Capítulo III (derechos y deberes), Capítulo VIII (Tribunal Constitucional), Capítulo XI (fuerzas armadas, de orden y seguridad pública), Capítulo XII (Consejo de Seguridad nacional), Capítulo XIII (Banco Central).

comisión mixta en la Cámara de origen; para que el proyecto de ley sea aprobado, tanto en la Cámara de origen como en la revisora se requerirá el voto afirmativo de la mayoría de los miembros presentes en cada una de ellas. Si en la comisión mixta no se llegare a un acuerdo o si la Cámara de origen rechaza el proyecto de esa comisión, el presidente de la República puede pedir que $2/3$ de los miembros de esa cámara se pronuncien sobre si insiste en el proyecto que aprobó en el primer trámite. Si se acuerda la insistencia, el proyecto pasará por segunda vez a la Cámara que lo desechó y solo se entenderá que esta lo rechaza si concurren para ello $2/3$ de sus miembros presentes.

De acuerdo con el artículo 71 de la Constitución, cuando un proyecto fue adicionado o enmendado por la Cámara revisora, volverá a la de origen y se entenderán aprobadas aquellas modificaciones por el voto de la mayoría de los miembros presentes. Si se reprobaban los cambios, se creará una comisión mixta que operará en los términos antes descritos. Si no hay acuerdo en la comisión mixta para resolver las divergencias o si alguna de las Cámaras rechaza la proposición de la mismas, el presidente podrá solicitar a la Cámara de origen que considere nuevamente el proyecto aprobado en segundo trámite por la revisora. Si $2/3$ de los miembros presentes de la Cámara de origen rechazaron las adiciones o modificaciones, no habrá ley en esa parte o en su totalidad. De haber mayoría para el rechazo, pero menor a $2/3$, el proyecto pasará a la Cámara revisora y será aprobado con el voto conforme de $2/3$ de los miembros presentes en esta última.

Aprobado un proyecto por ambas Cámaras, será remitido el presidente de la República y si este también lo aprueba, se promulgará como una ley (art. 73 CPR). Si el presidente desaprueba el proyecto, en el plazo de 30 días puede devolverlo a la Cámara de origen con las observaciones pertinentes. Si las dos Cámaras aprueban las observaciones el proyecto, este tendrá fuerza de ley y se devolverá al presidente para su promulgación. Si ambas Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones, insistiendo por $2/3$ de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al presidente para su promulgación (art. 74 CPR).

Finalizado el trámite legislativo, el presidente promulgará la ley en el plazo de diez días y se publicará en el *Diario Oficial* dentro de los 5 días siguientes a los que se encuentre tramitado el decreto que promulga la respectiva ley.

El presidente de la República tiene facultad de dictar Decretos con fuerza de Ley (art. 64 CPR). Para dictar estas disposiciones, debe solicitar autorización al Congreso durante un plazo no superior a un año sobre las materias que correspondan al dominio de la ley. Esta autorización tiene ciertos límites, ya que no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, y tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o a aquellas que deban ser reguladas por leyes orgánicas constitucionales o de cuórum calificado. La autorización tampoco podrá extenderse a facultades que afecten a la organización, las atribuciones y el régimen de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República. La ley que otorgue la referida autorización especificará las materias sobre las que recaerá la delegación y podrá establecer o determinar las limitaciones, restricciones y formalidades que se estimen convenientes.

Sin perjuicio de lo expuesto, el presidente de la República queda autorizado para fijar el texto refundido, coordinado y sistematizado de las leyes cuando ello sea conveniente para su mejor ejecución. En ejercicio de esta facultad, podrá introducir los cambios de forma que sean indispensables, sin alterar, en ningún caso, su verdadero sentido y alcance.

Finalmente, corresponde a la Contraloría General de la República tomar razón de estos Decretos con fuerza de ley y rechazarlos cuando excedan o contravengan la autorización referida. En cuanto a las formalidades, estos decretos con fuerza de ley estarán sometidos a las mismas normas que rigen para las leyes en lo que respecta a su publicación, vigencia y efectos.

La Constitución contempla, formalmente, una división de poderes de corte tradicional: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, la interacción entre el ejecutivo y el legislativo es evidente, y en esta relación el

peso del poder político está radicado en el ejecutivo y, particularmente, en el presidente/a de la República. Así, tanto en el proceso legislativo como en la declaración de los estados de excepción constitucional hay una relación entre poderes, pero la balanza se inclina hacia el lado del ejecutivo, que tiene la iniciativa legislativa exclusiva en materias trascendentales y en la suspensión de derechos.

Además, los mecanismos de control interinstitucional son débiles. Salvo el control que ejerce el Tribunal Constitucional sobre el Parlamento –al que nos referiremos más abajo–, no existen controles efectivos entre los poderes del Estado. El Parlamento tiene facultades de fiscalización más bien simbólicas, déficit que impide que opere como un contrapeso efectivo. En realidad, solo hay un mecanismo realmente efectivo, al menos nominalmente: el juicio político.

La Constitución regula el juicio político en los artículos 52 y 53. Se trata de un dispositivo a través del cual el Parlamento puede determinar la responsabilidad política de altas autoridades. El artículo 52.2º faculta a la Cámara de Diputados para declarar la responsabilidad política a) del presidente por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes; b) de los ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la nación, por infringir la Constitución o las leyes o por haber dejado a estas sin ejecución, así como por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno; d) de los magistrados de altas cortes (excluyendo a los del Tribunal Constitucional); e) del contralor por notable abandono de sus funciones; f) de los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la nación; g) y de los delegados presidenciales regionales, los delegados presidenciales provinciales y la autoridad que ejerza el gobierno en los territorios especiales por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión.

La acusación se tramitará de conformidad con la ley orgánica constitucional relativa al Congreso (LOC N° 18.918)

Las acusaciones contra ministros, los magistrados y el contralor, los generales y almirantes y los delegados presidenciales solo podrán interponerse mientras el afectado esté en funciones o durante los tres meses siguientes a la expiración en su cargo; en el caso del presidente de la República, podrá interponerse la acusación mientras esté en funciones y durante los seis meses posteriores a su expiración en el cargo. Interpuesta la acusación, el afectado no podrá ausentarse del país sin permiso de la Cámara y no podrá hacerlo en caso alguno si está ya hubiera aprobado la acusación.

Sobre los quórum para aprobar las acusaciones, la Constitución establece que para declarar la procedencia de la acusación contra del presidente de la República o un gobernador regional se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio. En los demás casos, será necesario el voto de la mayoría de los diputados presentes. El acusado quedará suspendido en sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación y la suspensión cesará si el Senado desestimare la acusación o si no se pronunciare durante los treinta días siguientes.

De acuerdo con el artículo 53, numeral 1, el Senado opera como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por 2/3 de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación contra el presidente de la República o un gobernador regional, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.

En virtud de la declaración de culpabilidad, el acusado será destituido de su cargo y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, en el plazo de cinco años. El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo con las leyes por el tribunal competente tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares (artículo 53.1º, inc. 4º).

A modo de síntesis, cabe señalar que la distribución del poder en la Constitución chilena se caracteriza por la concentración del mismo en la figura del presidente de la República y por los escasos controles interinstitucionales. Este diseño institucional está, además, condicionado por la extraordinaria rigidez de un sistema político en el que no existen mecanismos para resolver crisis institucionales de una manera fluida. Si a ello sumamos el «trauma» que supuso –y supone– para el país el quiebre constitucional del golpe de estado de 1973, se hace extraordinariamente difícil el funcionamiento eficaz de los mecanismos orientados a reclamar la responsabilidad política. El mejor ejemplo de ello es lo ocurrido tras del conflicto político y social de los años 2019 y 2020, proceso que ha puesto en evidencia la imposibilidad de canalizar constitucionalmente una crisis política que debió haber terminado con el Gobierno para articular una salida institucional alternativa³⁸.

Por todo ello, uno de los desafíos que deberá encarar la futura constituyente será diseñar un sistema político dotado de mayor flexibilidad y equilibrio entre los poderes que contemple y fomente mecanismos de control y participación ciudadana, hoy completamente inexistentes.

4. Democracia y participación

En el texto de la versión original de Constitución de 1980 no había referencia alguna al carácter democrático del Estado de Chile. Solo tras la reforma de 2005, el artículo 4 estableció que «Chile es una república democrática». Evidentemente, el diseño de poder en Chile corresponde al de una democracia representativa en la que los derechos de participación política de la ciudadanía están limitados al derecho de sufragio en distintos niveles,

.....

³⁸ El ejemplo de estos límites de la cultura política chilena están recogidos en las argumentaciones en la Cámara de Diputados para rechazar la acusación constitucional contra el presidente Piñera en diciembre de 2019. La discusión no versaba sobre si el presidente era responsable de graves violaciones de derechos humanos, cuestión evidente, sino sobre si su destitución podía ser considerada un acto antidemocrático. Documentación disponible en la página web de la Cámara de Diputados. Disponible en: <<https://www.camara.cl/legislacion/comisiones/integrantes.aspx?prmID=2661>>.

derecho ejercido cada cuatro u ocho años según la instancia que debe ser objeto de renovación.

La Constitución establece en el artículo 5.1º que la soberanía reside en la nación y que su «ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece». Es verdad que, a continuación, hay una serie de normas que prevén la convocatoria de plebiscitos. Sin embargo, en la práctica, la Constitución chilena solo contempla un mecanismo de participación directa –precisamente, el plebiscito– cuando se produce un conflicto entre el presidente y el Parlamento en el marco del proceso de gestación de una reforma constitucional; el artículo 128 constitucional contempla la posibilidad de que el presidente convoque a un plebiscito en caso de desacuerdo con el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Parlamento.

Una forma de participación prevista en la Constitución y que ha tenido algunas implementaciones prácticas es la posibilidad de realizar plebiscitos a nivel municipal. El artículo 118.5º establece que una ley orgánica constitucional será la encargada de regularlo.

El año 2019, en el marco de las movilizaciones políticas y sociales que tuvieron lugar en Chile, se reformó el Capítulo XV, relativo a los mecanismos de reforma constitucional³⁹. Esta modificación ha posibilitado el proceso para la gestación de una nueva Constitución que reemplace a la actualmente vigente, heredada de la dictadura. Este proceso es inédito en el país, ya que por primera vez en la historia nacional ha permitido convocar un plebiscito para activar un proceso constituyente⁴⁰ y, además, prevé la celebración de un plebiscito para aprobar el proyecto que proponga el órgano constituyente.

La Constitución no contempla mecanismos de participación directa de revocación de mandatos.

.....

39 Ley de Reforma Constitucional N° 21.200 publicada en el *Diario Oficial* el 24 de diciembre de 2019.

40 El plebiscito se realizó el 25 de octubre de 2020 y la opción que aprobaba dar inicio al proceso constituyente obtuvo el 78.28 % de los votos, mientras que el mecanismo de una Convención Constitucional íntegramente elegida a tal efecto obtuvo un 79 %.

En síntesis, y como se ha expuesto hasta aquí, el actual modelo constitucional chileno es neoliberal en lo económico, autoritario en lo político y carente de dispositivos de participación política popular efectivos. Se trata, pues, de un diseño constitucional que concentra la participación en los procesos electorales y no prevé formas efectivas y directas de ejercicio de poder político por parte de la ciudadanía. No hay iniciativa legislativa, no hay posibilidad de revocación de mandatos, tampoco se contemplan plebiscitos como vía de salida de las crisis políticas. Esta es una cuestión que debe ser resuelta por el futuro diseño constitucional.

5. Justicia Constitucional

En su texto original, la Constitución establecía un sistema mixto de control de constitucionalidad. Por una parte, consagraba un sistema de control de constitucionalidad dual: el control preventivo estaba radicado en el Tribunal Constitucional y el represivo corría a cargo de la Corte Suprema; por su parte, la protección de derechos fundamentales a través de la acción de protección estaba radicada en las altas cortes de justicia ordinarias. La reforma constitucional de 2005 modificó dicho diseño. El control de legalidad (preventivo y represivo) quedó totalmente radicado en el Tribunal Constitucional, mientras que los tribunales superiores ordinarios de justicia quedaron encargados de la protección de derechos fundamentales a través del conocimiento de las acciones constitucionales de protección (tutela) y amparo (hábeas corpus).

El Tribunal Constitucional está integrado por 10 miembros: tres son designados por el presidente de la República, cuatro por el Congreso y tres por la Corte Suprema. Esta composición ha politizado al órgano constituyente, transformándolo en un actor más político que constitucional.

El control constitucional en Chile es un tema que se discute en la teoría⁴¹. Si bien tenemos un órgano que concentra dicho control, el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 5 y 6 de la

.....
 41 Un completo y actualizado análisis en: CONTRERAS, P. y D. LOVERA (2020): *La Constitución... op. cit.*, pp. 220-236.

Constitución también se ha interpretado que todos los jueces y magistrados, así como toda autoridad, estarían obligados a conducirse conforme a lo mandatado por la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La duda podría surgir porque, tras la reforma constitucional del año 2005, el artículo 93.6° consagró un procedimiento de inaplicabilidad de los preceptos legales contrarios a la Constitución «cuya aplicación en cualquier gestión que se sigue ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución». Esta previsión implicaría que, en caso de encontrarse frente una norma inconstitucional, los jueces deberían remitirse a este procedimiento ante el Tribunal Constitucional y no necesariamente resolver ellos mismos sobre inconstitucionalidad. Otra interpretación posible sería que lo que el 93.6° establece es un procedimiento que se activaría en el caso de que el juez tenga dudas sobre la constitucionalidad de una norma, o que da cobertura al inicio de un proceso que pueda concluir en la expulsión de dicha norma del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 93.7° (inconstitucionalidad).

Como hemos adelantado, la Constitución consagra procedimientos para el control de constitucionalidad, de tipo preventivo y represivos y de protección jurisdiccional de derechos fundamentales (sobre estos últimos, nos remitimos al apartado siguiente de este estudio).

El control preventivo de constitucionalidad está regulado en el artículo 93.1° de la Constitución, que dispone que son atribuciones del Tribunal Constitucional: «Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación». Esto es lo que se conoce como control preventivo.

Por otra parte, la Constitución prevé la posibilidad de que le sean planteados al Tribunal Constitucional algunas cuestiones sobre constitucionalidad relativas a distintas normas. En este sentido, el art. 93 dispone que también son atribuciones del Tribunal Constitucional: «Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por

la Corte Suprema, las Cortes de apelaciones y el tribunal calificador de elecciones» (art. 93.2°); «resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del congreso» (art. 93.3°); «resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley» (art. 93.4°); en el numeral 5, “resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria de un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que corresponden al Tribunal Calificador de Elecciones» (art. 93.5°); «resolver sobre la constitucionalidad de los Decretos supremos, cualquiera servicio invocado, incluyendo aquellos que fueron dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas en la ley por mandato del artículo 63 [de la misma constitución]» (art 93.16°).

Por lo que respecta al control represivo de la constitucionalidad de las leyes, el artículo 93.6° de la Constitución establece un procedimiento de «inaplicabilidad» de normas cuya aplicación en un caso concreto pueda ser inconstitucional; y el art. 93.7° consagra un procedimiento de «inconstitucionalidad» de las normas legales. Ambos procedimientos están radicados en el Tribunal Constitucional y corresponden a formas de control represivo de constitucionalidad.

En cuanto a la legitimación activa, el control de constitucionalidad del numeral 1° opera de pleno derecho; las cuestiones de constitucionalidad de los numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 16° deben ser promovidas por las autoridades que el propio artículo 93 constitucional señala. En el caso de los numerales 6° (inaplicabilidad) y 7° (inconstitucionalidad), la legitimación es restrictiva: la inaplicabilidad puede ser solicitada por las partes o el juez que conoce del asunto, mientras que la inconstitucionalidad permite una acción pública cuando se haya decretado su inaplicabilidad, sin perjuicio de la facultad que tiene el propio Tribunal Constitucional para declararla de oficio. Los procedimientos correspondientes están regulados en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOC N° 17.997).

El artículo 9.10° también confiere al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos, incluso la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivan dichas declaraciones de inconstitucionalidad cuando los «objetivos, actos o conductas de dichas instituciones no respeten principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, propugnen o inciten a ella como método de acción política», y remite al artículo 19.15°.

Finalmente, la Constitución establece que el Tribunal Constitucional resolverá los conflictos de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afectan a ministros de Estado, sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, y que calificará la inhabilidad invocada por un parlamentario y se pronunciará sobre su renuncia al cargo.

Como puede concluirse a partir del análisis de las funciones que desde 2005 están radicadas en el Tribunal Constitucional, este es el principal órgano encargado de velar por la constitucionalidad de los actos de la administración. Este enorme poder conferido al Tribunal Constitucional no ha sido ejercido con prudencia, sino que dicho órgano se ha transformado en un guardián no tanto de la Constitución cuanto del modelo ideológico que esta consagra y que ya hemos descrito en páginas anteriores. Particularmente, el control de constitucionalidad de las leyes se ha convertido en un mecanismo de control político del proceso legislativo que ha convertido al Tribunal Constitucional en una verdadera instancia legislativa⁴². Así, no solo ha declarado la inconstitucionalidad de leyes; también ha realizado cambios sustantivos a la legislación

.....
42 ATRIA, F. (2020): «Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (II): Propuestas finales», *Derecho y Crítica Social* 6(1), pp. 163-217.

democráticamente aprobada sin tener facultad alguna conferida en este sentido⁴³.

La utilización política del Tribunal Constitucional, particularmente, por los sectores vinculados a la dictadura cívico militar chilena, han desprestigiado el rol de un órgano contramayoritario cuya labor no ha estado realmente centrada en su actividad en velar por los derechos fundamentales, sino en mantener intactas las características del proyecto neoliberal y autoritario heredado desde la dictadura⁴⁴.

El gran desafío del proceso constituyente en Chile estriba en consagrar un sistema de control de constitucionalidad contramayoritario que no se transforme en una instancia que desvíe la discusión democrática. Una posible fórmula para lograr este objetivo es el establecimiento únicamente de un control represivo a través del conocimiento de acciones de inconstitucionalidad en casos concretos, eliminando el control preventivo en los términos que actualmente está regulado en la Constitución.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

La Constitución chilena, redactada durante la dictadura, no contenía referencias relevantes en materia de derechos humanos, salvo una alusión genérica a los «derechos que emanan de la persona humana», entendidos como límites a la soberanía (artículo 5.2°). Después de diversas modificaciones, actualmente existen algunos elementos que cabe definir como

.....
43 El ejemplo más grosero es la sentencia que resolvió sobre la ley que establecía la despenalización del aborto en tres causales: el Tribunal Constitucional modificó la ley para darle un sentido más amplio a la objeción de conciencia, ampliándola a las instituciones médicas y no solo a las personas. Véase, Tribunal Constitucional, rol 3729(3751) –17– CPT, de 28 de agosto de 2018.

44 En un reciente fallo (diciembre de 2020), el Tribunal Constitucional explicitó su asunción ha del rol de guardián del modelo constitucional, que lo llevó incluso a consagrar una prohibición de modificación de las «bases de la institucionalidad», es decir, de la base del modelo constitucional heredado desde la dictadura (Sentencia rol N° 9797-20-CPT de 30 de diciembre de 2020, considerandos 32° y 33°).

principios generales y resulta posible relacionar con los deberes estatales en materia de derechos humanos. La principal norma es el artículo 1, que en su actual redacción dispone:

«Artículo 1°. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional».

Algunos aspectos interesantes de esta norma son los siguientes: a partir de la reforma constitucional de 1999, se consagra un inciso primero inclusivo donde ya no se habla de el «hombre», sino de la persona, para hacer referencia a quien nace libre e igual. Además, el Estado «está al servicio de la persona humana» y debe crear condiciones para su mayor realización «con pleno respeto a los derechos y garantías» que la Constitución establece; por lo tanto, debe garantizar sus derechos fundamentales.

Este artículo 1 debe ser leído con concordancia con el artículo 5, que dispone:

«La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece.

Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

De esta forma, si los «derechos que emanan de la persona humana» son un límite a la soberanía, podemos sostener, con Ferrajoli, que los derechos constituyen la esfera de lo «indecidible». En este sentido, la soberanía estatal no puede incurrir en actos que violen los derechos humanos ni dejar de realizar las acciones que son necesarias para su goce y ejercicio⁴⁵. Este artículo 5.2º (reformado en 1989) también aporta algunos elementos sobre las obligaciones del Estado; así, dispone que es obligación de los órganos del Estado «respetar y promover» estos derechos⁴⁶.

Por su parte, el artículo 6 consagra en estos términos el deber de las autoridades de cumplir con la Constitución:

«Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley».

.....
 45 Esta doble faz de los derechos humanos es lo que Ferrajoli denomina la «esfera de lo indecible», esto es, «aquello que ninguna mayoría puede decidir o no decidir: de un lado, los límites y prohibiciones en garantía de los derechos de libertad; de otro, los vínculos y obligaciones en garantía de los derechos sociales» (FERRAJOLI, L. (2008): *Democracia y Garantismo*, Madrid: Trotta, p 66).

46 GARCÍA, G. (2020): «¿Cómo compatibilizar el orden convencional y constitucional de derechos? Relectura del artículo quinto de la Constitución» en P. Contreras y G, García (eds.), *Estudios sobre Control de Convencionalidad*, Santiago de Chile: Ediciones DER pp. 67-108.

En consecuencia, una lectura conjunta y sistemática de los artículos 1, 5 y 6 constitucionales permite sostener un argumento sobre las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos: el Estado debe «proteger» a las personas y crear condiciones de vida con pleno respeto a los derechos fundamentales (art. 1 CPR); los «derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» constituyen un límite para el ejercicio de la soberanía y los órganos del Estado deben «respetar y promover» los derechos que están garantizados por la Constitución, tanto en su propio articulado como en los tratados internacionales ratificados por Chile (art. 5 CPR); y estas obligaciones comprometen a todos los órganos del Estado (art. 6 CPR) bajo sanción de incurrir en responsabilidad (art. 38.2º CPR⁴⁷). Por tanto, la conclusión necesaria es que las autoridades del Estado tienen obligaciones constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos y que dependerá del análisis de cada derecho o libertad la determinación del contenido normativo concreto de la obligación del Estado en el ámbito de competencia de las autoridades (art. 7 CPR⁴⁸).

Como hemos reiterado, la Constitución consagra un modelo neoliberal en lo económico y autoritario en lo político y, en consecuencia, los derechos consagrados constitucionalmente se acomodan a dicho modelo. En su mayoría, los derechos fundamentales están reconocidos en el artículo 19 de la Constitución. Allí se consagran derechos civiles y políticos clásicos (vida, integridad, libertad personal, debido proceso, igualdad, libertad de asociación, propiedad, entre otros), derechos económicos y sociales (salud, educación, previsión social, entre otros) y algunos derechos de carácter colectivo (derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación).

.....
47 «Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño» (artículo 38. 2º).

48 «Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale» (artículo 7.3º).

Los derechos civiles y políticos están consagrados en términos minimalistas y presentan serias deficiencias técnicas que no satisfacen estándares internacionales, déficit que obligará a su completa revisión en un futuro proceso constituyente. El problema con los derechos económicos y sociales es aún más complejo, dado que no están reconocidos como tales, sino que, de acuerdo con la lógica neoliberal, lo que se ha institucionalizado son las libertades asociadas a estos derechos. En los ámbitos de la salud, la educación y la previsión social, lo que se garantiza como un derecho humano (debidamente protegido por la acción constitucional del artículo 20) es, en realidad la libertad para elegir el sistema de salud al cual estar afiliado, la libertad elegir el sistema educacional y la libertad de elegir la administradora de fondos de pensiones a la que estar afiliado. De los derechos recién mencionados, el único que está garantizado a través de la acción de protección (artículo 20) es el del artículo 19.9°, inciso final, que señala «Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado». En síntesis, lo que el diseño constitucional consagra como derecho fundamental es el acceso a la salud, educación y previsión que pueda pagarse. Algunos derechos –entre ellos, el derecho al agua o a la vivienda– ni siquiera son mencionados.

En contraste con lo expuesto, lo que sí protege integralmente el texto constitucional en su artículo 19 es el derecho de propiedad. Así, la Constitución consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19.21°), la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19.22°), la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes (art. 19.23°), el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, incluida la propiedad sobre los derechos de agua, estableciendo un sistema de límites a la propiedad muy estricto (art. 19.24°), así como el derecho a la propiedad intelectual (art. 19.25°).

Ni en el texto original ni en el reformado la Constitución chilena contempla norma alguna relativa a la protección especial de grupos en situación de vulnerabilidad ni al ejercicio de sus derechos. Más aún, la Constitución no consagra una norma general sobre no discriminación.

Las únicas referencias que la Constitución hace sobre la no discriminación son las siguientes: la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral (art 19.16°) y la prohibición de la discriminación arbitraria en materia económica respecto del trato que debe dar el Estado y sus organismos a los particulares (artículo 19.22°). Respecto a las mujeres, solo se consagra el principio de igualdad formal (artículo 19.2°).

En relación con la recepción del Derecho internacional en el ámbito interno, la Constitución no establece un sistema integral. Únicamente regula las materias relativas a la incorporación de los tratados internacionales al ámbito interno, pero no resuelve adecuadamente el tema de la jerarquía de estos, cuestión que queda a criterio de los tribunales⁴⁹. Así, el sistema de incorporación que regula la Constitución establece que los tratados internacionales son negociados por el presidente de la República, que para ser recepcionados internamente deben ser sometidos al conocimiento y la aprobación del Congreso y que, una vez obtenida esta, el tratado respectivo es publicado en el *Diario Oficial* a través de un Decreto presidencial y pasa a integrar el Derecho interno (artículo 54. 1° CPR). Consideramos que no se ha resuelto integralmente el tema de la recepción, ya que, una vez incorporado al sistema interno, la Constitución no establece con claridad cuál es el rango jerárquico que tendrá el tratado. Respecto de la jerarquía de los tratados internacionales, desde la década de los años 50 en Chile existe acuerdo de que el lugar que estos ocupan es la supralegalidad, es decir, están por encima de las leyes y bajo la Constitución⁵⁰.

El problema surgió con la reforma constitucional del artículo 5.2°, que incorporó a la redacción de este precepto la previsión de que los tratados internacionales sobre derechos humanos –y, particularmente, los derechos contenidos en dichos instrumentos– operan como límites a

.....
 49 NASH, C. y C. NÚÑEZ (2017): «Recepción formal y sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: experiencias comparadas y el caso chileno», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 148, pp.185-231

50 BENADAVA, S. (1992): «Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos», en A. León (ed.), *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile..

la soberanía. Esta modificación ha dado pie a dos interpretaciones. Por una parte, el Tribunal Constitucional ha interpretado que los tratados en general, y los derechos humanos en particular, tienen rango de ley. Por otra parte, la Corte Suprema ha interpretado que, a partir de la reforma de 1989, los tratados –y, especialmente, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile– tienen rango constitucional e incluso supraconstitucional, dado que son un límite a la soberanía que comprendería la soberanía constituyente⁵¹.

Un precepto relevante en materia de tratados internacionales es el artículo 54, reformado en 2005. Entre otras atribuciones, el Congreso tiene la facultad de aprobar o rechazar los tratados internacionales que le presenta el presidente de la República. En 2005 se adicionó un inciso (5) al numeral 1, que dispone; «Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho internacional». Claramente, esta norma establece un límite destinado a evitar que cualquier autoridad interna pueda adoptar medida alguna que entre en contradicción con las obligaciones internacionales del Estado de Chile. En el mismo sentido, el nuevo artículo 135 (incorporado en la reforma de 2019) establece como límite a las decisiones del proceso constituyente activado para promulgar una nueva Constitución «los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Sería deseable que en un futuro debate constituyente esta materia trascendental sea resuelta adecuadamente y que el texto constitucional resultante del proceso aclare explícitamente que los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y que, por ello, todo el aparato del poder público tiene la obligación de respetarlos y garantizarlos sin discriminación

En cuanto a los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales, la Constitución contempla dos dispositivos enderezados a su protección jurisdiccional. Por una parte, la acción de tutela (protección),

.....

51 NASH, C. y C. NÚÑEZ (2017): «Recepción formal...», *op. cit.*

regulada en el artículo 20 y, por otra, el derecho de hábeas corpus (amparo), prevista en el artículo 21.

El artículo 20 CPR dispone:

«El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso quinto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del No 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada».

Hay dos características interesantes en este artículo: por una parte, los límites relativos los derechos que pueden ser objeto de la protección y, por otra, la amplitud de las facultades que la disposición constitucional otorga a las autoridades judiciales para la protección de los derechos. En cuanto a los límites, la acción de protección solo procede contra las violaciones de –o amenazas a– los derechos a la vida y a la integridad, la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley –concretamente, el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales–, la protección de la vida privada, la inviolabilidad del hogar, la libertad de conciencia, el derecho a elegir el sistema de salud al que el sujeto desea acogerse –estatal o privado–, la libertad de enseñanza, la libertad de emitir opinión y la de informar, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas, el derecho de asociarse sin permiso previo, la libertad de trabajo y

la protección en lo que respecta a la libertad de elección y contratación, el derecho a sindicarse, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, el derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, el derecho de propiedad y el derecho libertad de crear y difundir las artes así como el derecho de autor. El inciso 2 del artículo 20 consagra el derecho a la protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando «sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada».

Como se observa, quedan excluidos de la acción de tutela constitucional la igual protección ante la ley en términos generales, el derecho a la libertad personal, el derecho a la seguridad individual, el derecho a la protección de salud, el derecho a la educación, el derecho a presentar peticiones ante la autoridad, los derechos laborales, el derecho a la seguridad social, la admisión a las funciones públicas y empleos públicos y la igual protección en la repartición de los tributos.

Las atribuciones conferidas a las autoridades judiciales son amplias. Así el inciso primero del artículo 20 establece que dichas autoridades podrán adoptar de inmediato las medidas que juzguen necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, otorgando un amplio espectro de posibilidades de tutela judicial. Ahora bien, más allá de esta amplitud formal, los tribunales superiores han tendido a realizar una interpretación restrictiva de sus facultades constitucionales, circunstancia que se ha traducido en una protección limitada e ineficaz de los derechos fundamentales⁵².

Por su parte, el artículo 21 señala:

«Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que

.....
52 NASH, C. y C. NÚÑEZ (2020): *La dimensión estructural de la garantía jurisdiccional de los derechos humanos*, México: Tirant lo Blanch.

señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado».

Este artículo consagra el derecho al recurso de hábeas corpus, pero también atribuye a las cortes amplias facultades para que adopten todas las medidas necesarias para «restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado». Asimismo, es interesante el inciso 3º, ya que amplía las posibilidades de uso de esta acción de tutela de la libertad personal a supuestos en los que se ve amenazada la seguridad individual, lo que confiere a la acción de tutela un mayor alcance que el de verificar la legalidad de la privación de libertad y amplía su radio de acción a la protección de otros derechos como la integridad personal y el debido proceso.

Tal como hemos reiterado en este estudio, la Constitución vigente en Chile no es una constitución garantista en materia de derechos fundamentales. Ya hemos señalado que existen puntos problemáticos como el catálogo de derechos, los mecanismos de protección y la forma que se recepcionan los estándares internacionales en materia de derechos

humanos. Además, la aplicación práctica de esta normativa tampoco ha estado orientada a la ampliación de la protección de derechos. Por el contrario, las normas de derechos fundamentales han sido interpretadas en términos restrictivos, lo que ha impedido materializar su protección integral. Por ello, la discusión constitucional en materia de derechos humanos en Chile deberá centrarse no solo en el establecimiento de un catálogo integral de derechos, sino también en la articulación de mecanismos de protección efectiva de los mismos y en las vías a través de las que se vinculará el Derecho internacional de los derechos humanos con la nueva Constitución. Chile requiere una cláusula de apertura al DIDH en consonancia con los tiempos.

Las reformas relevantes de la Constitución de 1980 se realizaron en 1989 (es decir, al comienzo del proceso de transición a la democracia) y en 2005 (una reforma encaminada a eliminar los enclaves autoritarios). Ambas reformas tuvieron por objeto mejorar la protección de derechos, pero no llegaron a configurar un sistema de garantía efectiva de los derechos fundamentales en el marco del diseño constitucional.

Sin duda, uno de los grandes desafíos del proceso constituyente iniciado en 2020 es lograr un sistema de protección integral de los derechos humanos que vaya mucho más allá del actual catálogo constitucional.

■ COLOMBIA

Néstor Osuna Patiño*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

La Constitución vigente define al Estado como social y democrático de Derecho, organizado en forma de república unitaria-descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales (artículo 1).

La impronta de Estado Social de Derecho dibujada en la Constitución se aprecia con especial nitidez en el régimen de intervención del Estado en la economía y en la positivación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: el texto constitucional reconoce de modo explícito los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, al trabajo, así como diferentes medidas de protección social. Asimismo, la idea de un mínimo vital –que forma parte del contenido de todos los derechos y libertades y que ha sido configurado por la jurisprudencia colombiana como derecho autónomo– integra la concepción social de la libertad consagrada en la Constitución.

Según el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado unitario, descentralizado y con autonomía de las entidades territoriales. En virtud del carácter unitario del Estado existe una sola legislación, una sola jurisdicción (con la excepción de la indígena) y las entidades territoriales (departamentos y municipios) ejercen funciones principalmente administrativas y muy pocas de dirección política.

En la sentencia C-937, de 2010, la Corte Constitucional determinó las vías de resolución de las tensiones entre el principio de Estado unitario y el de autonomía de las entidades territoriales:

«Del principio de Estado unitario la Corte ha explicado que comprende la forma de organización bajo un solo “centro de impulsión política”. Es decir, donde la soberanía se ejerce directa y continuamente sobre todo el conglomerado social asentado sobre un mismo territorio. De esta suerte, la totalidad de los atributos y funciones del poder político emanan de un titular único, que es la persona jurídica de Derecho público suprema, el Estado. Todos los individuos convocados bajo la soberanía de este obedecen a una misma autoridad nacional, viven bajo un mismo régimen constitucional y son regidos por unas mismas leyes. Por su parte, el principio de autonomía de las entidades territoriales tiene que ver con la potestad de autogobierno y manejo de los asuntos propios. Para ello, el artículo 287 de la Carta señaló los componentes básicos de la autonomía como garantía institucional de las entidades territoriales, a saber: (i) capacidad de gobernarse por autoridades propias; (ii) potestad de ejercer las competencias que les correspondan; (iii) facultad de administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) derecho a participar en las rentas nacionales. El artículo 287 Superior también advierte que la autonomía de las entidades territoriales se ejerce “dentro de los límites de la Constitución y la ley”, con lo cual apunta a preservar el interés nacional y el principio de Estado Unitario».

En relación con la nacionalidad y la ciudadanía, la Constitución establece que la nacionalidad colombiana es presupuesto para el ejercicio de la ciudadanía. Los nacionales colombianos (por nacimiento o por adopción) adquieren la ciudadanía a la edad de 18 años. La calidad de ciudadano es condición para el ejercicio de los derechos políticos y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción. La Corte Constitucional precisó en la sentencia T-421 de 2017 que la nacionalidad es un derecho que tiene tres dimensiones: «i) el derecho a adquirir una nacionalidad; ii) el derecho a no ser privado de ella; y iii) el derecho a cambiarla».

La Constitución permite la múltiple nacionalidad de los colombianos, que no afecta el ejercicio de la ciudadanía.

Si bien la Constitución no contiene ningún precepto que aluda a pluralidad de naciones, sí reconoce el pluralismo étnico y cultural, en virtud del cual los pueblos indígenas tienen derechos específicos encaminados a la conservación de su diferencia, y asimismo, a ser gobernados por autoridades propias y de conformidad con sus propias legislaciones; si bien estas deben ser conformes con la Constitución, pueden apartarse de la ley.

Así las cosas, pese a que el Estado colombiano se define como unitario, la Constitución concede un cierto grado de autonomía política a las comunidades indígenas, que se plasma en el reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas, en la existencia de una circunscripción indígena en el Senado de la República y otra en la Cámara de Representantes, en la posibilidad constitucional, aún no desarrollada por la ley, de crear entidades territoriales indígenas dotadas de autonomía administrativa, en el robustecimiento de las garantías sobre las tierras en las que están asentados estos pueblos y, sobre todo, en el establecimiento de derechos de titularidad colectiva y en el reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas, que pueden aplicar su Derecho ancestral en lo que ha dado en llamarse la «jurisdicción especial indígena».

2. Modelo económico

En coherencia con la definición del Estado como «social de Derecho», la Constitución establece un sistema económico de libre mercado limitado por la intervención del Estado en la dirección de la economía. El artículo 333¹ de la Constitución establece las libertades económicas que sirven de fundamento al sistema de economía capitalista y los principios de

.....

¹ Artículo 333: La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

protección del interés general, preeminencia del bien común y función social de la empresa, así como las herramientas para que el Estado evite que se obstruya la libertad económica e impida el abuso de las personas o empresas de su posición dominante en el mercado.

A continuación, el artículo 334 de la Constitución dispone que la dirección general de la economía está a cargo del Estado, que debe intervenir, por mandato de la ley, «en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, 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».

El mismo artículo, además, prevé la intervención especial del Estado en la economía «para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones».

Adicionalmente, diferentes preceptos constitucionales desarrollan los principios generales expuestos. Así, el artículo 335 prevé la supervisión e intervención del Estado en las actividades «financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación». Por su parte, el art. 336 establece la prohibición de los monopolios. El art. 338 limita la capacidad de imponer contribuciones fiscales y parafiscales al Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales. El Capítulo 2 del Título XII hace referencia al régimen de los planes nacionales de desarrollo, el Capítulo

.....

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

3 el del presupuesto, el Capítulo 4 el de la distribución de los recursos, el Capítulo 5 el de la finalidad social del Estado en relación con los servicios públicos y el capítulo 6 el de la banca central, entre otros.

3. Modelo político y sistema de gobierno

El sistema de gobierno colombiano es presidencial, con fuerte predominio de la rama ejecutiva del poder, y en especial de la figura del presidente de la República. El artículo 188 de la Constitución establece que este funcionario es «Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa». Con respecto este rasgo, tanto el constitucionalismo histórico colombiano como la constitución vigente son claros exponentes del clásico presidencialismo latinoamericano.

Desde el origen del Estado colombiano, a principios del siglo XIX, el Congreso de la República ha sido bicameral, y ambas Cámaras han conservado sus nombres desde entonces: Cámara de Representantes y Senado. Todos sus miembros son elegidos por el pueblo y su mandato se prolonga durante un periodo de cuatro años.

En el diseño constitucional vigente, el Senado está integrado por 108 Senadores, 100 de ellos elegidos en circunscripción nacional mediante el sistema electoral de cifra repartidora (inspirado en el sistema D'Hondt), dos por una circunscripción nacional indígena, cinco adicionales –en virtud del acuerdo de paz celebrado entre el Estado colombiano y la antigua guerrilla de las Farc, y que provienen del partido político formado por ese grupo tras su desmovilización– y uno más que se adjudica a la persona que en la elección presidencial haya obtenido la segunda votación más alta. La representación preferencial del partido de las Farc estará vigente hasta el año 2026.

Por su parte, la Cámara de Representantes se integra por circunscripciones territoriales, de modo proporcional a su población. Cada uno de los 32 Departamentos del país –además del Distrito de Bogotá– conforma una circunscripción. Existe también una circunscripción de colombianos residentes en el exterior y una de minorías étnicas. La persona que haya obtenido la segunda votación en la elección de vicepresidente

también forma parte de esta Cámara. Al igual que en el Senado, en esta Cámara existe una representación adicional, transitoria, de cinco miembros pertenecientes al partido político formado por la antigua guerrilla de las Farc. Actualmente hay 172 representantes, cifra que cambia cuando varía el censo de población.

No existen otros órganos legislativos además del Congreso (en sentido estricto), aunque sí existe la figura de la delegación al ejecutivo de «facultades extraordinarias» para expedir decretos con fuerza de ley. Dicha delegación es restrictiva, se concede mediante ley, debe señalar las materias a las que se refiere, no puede prolongarse por un lapso superior a seis meses, y no puede referirse a materias propias de unos tipos especiales de leyes denominadas «estatutarias» ni para la expedición de «códigos».

Si bien el Gobierno y el Congreso son dos ramas del poder independientes, en virtud de una cláusula constitucional específica deben *colaborar armónicamente* para la realización de los fines del Estado. Considerando el carácter presidencial del sistema de gobierno, no existe la posibilidad de que el Gobierno disuelva el Congreso y adelante las elecciones. De igual modo, el Congreso no puede destituir al Gobierno, aunque sí tiene la facultad de censurar a algún ministro.

El Congreso tiene funciones de control político del Gobierno, función que también ejerce mediante el procedimiento legislativo. Por su parte, el Gobierno tiene la iniciativa para presentar proyectos de ley –que es exclusiva en asuntos económicos– y puede objetar los proyectos de ley aprobados por el Congreso, facultad cuyo ejercicio obliga al órgano parlamentario a llevar a cabo una reconsideración.

Al Congreso le corresponde la función de control político del Gobierno mediante mecanismos constitucionales como la citación y requerimiento a los ministros, la moción de censura contra estos por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República y el juicio político (*impeachment*) al presidente de la República. Esta facultad de juicio político también se puede ejercer contra los magistrados de la altas Cortes

(la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado), así como contra el fiscal general de la Nación.

Adicionalmente, el Congreso puede solicitar al Gobierno informes relacionados con el desempeño de su gestión, llevar a cabo la supervisión presupuestal y controlar las facultades extraordinarias atribuidas al presidente en los estados de excepción.

4. Democracia y participación

De modo sintético, puede decirse que el régimen constitucional colombiano establece un sistema de participación democrática que combina las instituciones representativas con mecanismos de democracia semidirecta. Igualmente, el Estado debe contribuir a la organización y promoción de diversas organizaciones no gubernamentales con el objeto de que actúen como mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública. Los partidos políticos tienen expreso reconocimiento constitucional. Se prevé la posibilidad de financiación estatal de sus actividades, así como mecanismos para garantizar el ejercicio de la oposición.

En las elecciones periódicas para renovar las instituciones representativas se aplica el sistema electoral de cifra repartidora, inspirado en el método D'Hondt. En las elecciones de gobernadores y alcaldes, el sistema es el de mayoría simple, y en el caso de las presidenciales el de mayoría absoluta y a dos vueltas en caso de que sea necesario. Para la planificación de las elecciones y los escrutinios existe una organización electoral independiente de las restantes ramas del poder, integrada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría General de la Nación.

Son instituciones representativas el Congreso de la República, las asambleas departamentales, los concejos municipales y las Juntas Administradoras Locales, organismos, estos últimos, existentes en aquellos municipios en los que, por disposición del respectivo concejo municipal, se hayan creado comunas, localidades o corregimientos. Se eligen también por voto directo de los ciudadanos el presidente de la República, el vicepresidente, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales.

La Constitución establece algunos mecanismos de democracia semidirecta: los plebiscitos, los referendos, las consultas populares y los cabildos abiertos, así como la iniciativa legislativa popular y la revocatoria del mandato para los alcaldes y gobernadores.

Plebiscito: es un pronunciamiento popular convocado exclusivamente por el presidente de la República mediante el cual la ciudadanía apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo.

Referendo: es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de ley o derogue o no una norma ya vigente.

Consulta popular: es un mecanismo mediante la cual el pueblo responde a una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal, distrital o local que somete a su consideración el presidente de la República, el gobernador o el alcalde respectivos, según el caso.

Iniciativa legislativa: es el derecho de un número significativo de ciudadanos (el 5% del censo electoral del respectivo lugar) para presentar proyectos de ley que abarcan desde reformas de la Constitución hasta normas locales.

Cabildo abierto: es la convocatoria a la población de un municipio o departamento a una sesión del respectivo concejo municipal o asamblea departamental con el fin discutir asuntos de interés para la comunidad.

Revocatoria del mandato: es un derecho político a través de cuyo ejercicio los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde.

La promulgación de la Constitución de 1991 generó la esperanza de que la democracia participativa sería así como la clave que abriría las puertas a la participación ciudadana bloqueada por siglos de exclusión y de abandono y que, a su vez, acabaría con las asimetrías locales y regionales y con las grandes desigualdades sociales. Sin embargo, no fue así: a comienzos del siglo XXI, Colombia era un país más convulso, violento y fragmentado, y los ciudadanos y ciudadanas virtuosos que dibujaba la Constitución nunca aparecieron para restituir la dignidad al Estado y a la política. En lugar de una movilización permanente y organizada de la

sociedad civil, lo que se había vivido era una mezcla de silencios, ausencias y terrores, a los que cabría añadir, también, la tentación de algunas aventuras plebiscitarias.

Así pues, a lo largo de los primeros treinta años de vigencia de la Constitución, la democracia participativa ha sufrido su propio proceso de *secularización*; hoy se la mira con una muy saludable distancia y quizá de una manera más realista: sus ventajas y sus limitaciones se perciben de forma más adecuada, toda vez que ha podido constatarse que está atada a los ciclos de movilización social y que persiste el riesgo de que sea manipulada por los gobernantes con fines antidemocráticos.

En efecto, el uso de los mecanismos de democracia semidirecta ha permitido comprobar el riesgo de instrumentalización de la democracia, es decir, la eventual utilización de los mecanismos de participación directa por quienes ejercen el poder para desarticular el complejo sistema de controles que ha edificado el constitucionalismo a lo largo de su historia, para acallar los movimientos de oposición o para quebrantar los derechos de las minorías.

Sin embargo, es necesario reconocer que hoy existen más actores organizados, que se ha ampliado la agenda pública con nuevos temas hace unos años inimaginables, que la participación de la ciudadanía ha contribuido a gestar embriones de opinión pública, y que ha tenido lugar un aprendizaje social sobre la administración y sus formas de gestión que no es para nada desdeñable.

5. Justicia Constitucional

El artículo 241 constitucional dispone: «A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]».

Los mecanismos básicos del sistema de justicia constitucional colombiano vigente son las siguientes: por una parte, la acción pública de inconstitucionalidad, de la que conoce la Corte Constitucional cuando se interpone contra las leyes y decretos con fuerza de ley y la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se impugnan los demás actos administrativos; por otra parte, el control difuso de constitucionalidad,

es decir, la posibilidad de inaplicar cualquier norma inconstitucional en casos concretos; finalmente, la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, con posibilidad de revisión de las sentencias de instancia por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados nombrados por períodos individuales de ocho años y sin posibilidad de reelección. Son elegidos por el Senado de la República entre tres ternas de candidatos propuestas del siguiente modo: tres por el presidente de la República, tres por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado.

En relación con el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional ejerce sus atribuciones a partir de dos mecanismos principales: las demandas presentadas por ciudadanos y el control de oficio sobre algunas leyes y decretos con fuerza de ley. El control oficioso, a su vez, es previo en unos casos y posterior en otros. Todas sus decisiones se toman por el Pleno. Un cuadro general del marco de competencias del alto Tribunal en esta materia puede presentarse en estos términos:

La Corte decide sobre las demandas de inconstitucionalidad que presente cualquier ciudadano contra las leyes o decretos con fuerza de ley, ya sea por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. En este último supuesto, la acción caduca al año de publicada la norma.

La Corte revisa de oficio la constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno nacional en cualquiera de los estados de excepción (guerra exterior, conmoción interior, emergencia económica, ecológica o social). En estos procesos puede intervenir cualquier ciudadano.

Con antelación a su entrada en vigencia, la Corte se pronuncia de oficio sobre la constitucionalidad de las leyes denominadas «estatutarias», es decir, aquellas que versan sobre los derechos fundamentales y sus garantías, los partidos políticos, los mecanismos de participación democrática, la Administración de justicia, los estados de excepción y el régimen electoral para las elecciones presidenciales. En estos procesos también puede intervenir cualquier ciudadano.

Cuando el Gobierno nacional ha objetado un proyecto de ley aprobado por el Congreso por considerarlo inconstitucional, y el órgano parlamentario ha insistido en su aprobación, la Corte Constitucional decide en definitiva –y de oficio– si el proyecto es constitucional o no.

Además del control sobre la legislación interna, la Corte revisa de oficio la constitucionalidad de los tratados internacionales que haya celebrado el Gobierno nacional y aprobado el Congreso de la República con antelación a su ratificación y respectivo canje de notas. Si la Corte declara la inconstitucionalidad del tratado, su ratificación por el Estado colombiano no resulta posible.

La Corte tiene atribución, también, para decidir sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República, por vicios de procedimiento en su formación, previa demanda de algún ciudadano. Asimismo, en los casos de convocatoria a referéndum o de asamblea Constituyente para reformar la Constitución, la Corte controla de oficio la constitucionalidad de la convocatoria antes del pronunciamiento popular.

Por último, la Corte controla la constitucionalidad de los referendos, consultas populares y plebiscitos de ámbito nacional.

Por otra parte, la Corte Constitucional es el tribunal supremo de los derechos fundamentales en virtud del procedimiento de revisión de las sentencias proferidas en los procesos de tutela. Su actividad en este procedimiento ha propiciado la construcción de una notable jurisprudencia de signo garantista que ha mejorado la vida prácticamente de todos los colombianos y que es, sin duda, la clave de la legitimidad política de esta institución.

En Colombia, el control constitucional es mixto, en la medida en que, además de los mecanismos descritos anteriormente, existe la «excepción de inconstitucionalidad». En virtud de la misma, cualquier autoridad debe abstenerse de aplicar cualquier norma que considere contraria a la Constitución. En la práctica, no es frecuente la aplicación de esta figura.

Existen cuatro supuestos en los que la Corte Constitucional enjuicia la constitucionalidad de instrumentos normativos antes de su entrada en

vigencia: 1. proyectos de leyes estatutarias, 2. proyectos de leyes objetadas por el presidente de la República por razones de inconstitucionalidad, 3. tratados internacionales y leyes aprobatorias de los mismos, y 4. actos de convocatoria a asambleas constituyente o de referendos para reformar la Constitución.

Para hacerse una idea desde el punto de vista cuantitativo de la actividad llevada a cabo por la Corte en el ejercicio general de sus atribuciones –y para conocer el lugar que dentro de ellas ocupan las de control previo–, es pertinente servirse de los siguientes datos: desde su entrada en funcionamiento (año 1992) hasta febrero de 2019, la Corte Constitucional había dictado 25,510 sentencias. De ellas, 6415, que equivalen al 25.14 % del total, recayeron en procesos de constitucionalidad. El 74.86 % restante son fallos sobre protección de derechos fundamentales dictados en virtud de la revisión de sentencias de tutela. Dentro de este universo, las sentencias proferidas en virtud de las atribuciones de control previo son poco significativas numéricamente: 41 sentencias sobre proyectos de leyes estatutarias (0.16 % del total y 0.64 % de las originadas en procesos de constitucionalidad); 44 sentencias sobre proyectos de ley con objeciones presidenciales (0.17 % del total y 0.68 % de las originadas en procesos de constitucionalidad); 405 sentencias sobre tratados internacionales y sus leyes aprobatorias (1.58 % del total y 6.31 % de las originadas en procesos de constitucionalidad) y apenas dos sentencias, que representan un porcentaje ínfimo, sobre convocatorias a referendos para reformar la Constitución. Sin embargo, aunque el ejercicio de las atribuciones de control previo de la Corte Constitucional no representa más del 2 % de toda su producción jurisprudencial, ese solo dato cuantitativo no es suficiente para evaluar la relevancia de este tipo de control.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

En su dimensión política, la idea de realización de los derechos fundamentales aparece en la Constitución como el principal objetivo del Estado; su plasmación recorre por tanto la integridad del articulado constitucional.

Todas las autoridades, y también los particulares, son llamados a respetarlos y a promover su realización, como elemento básico de la convivencia. El proyecto político de la Constitución es, sin duda, la adhesión progresiva de la sociedad colombiana en la *cultura* de los derechos humanos.

Ahora bien, desde una perspectiva jurídica, ha de advertirse en primer lugar sobre la compleja forma de positivación empleada. Con recurso a diversas acuñaciones lingüísticas, no siempre con el grado de precisión deseable desde una óptica técnico-jurídica, el constituyente optó por una positivación de tipo mixto, en virtud de la cual, de un lado, los derechos fundamentales se proclaman como principios fundamentales del ordenamiento constitucional, con lo que se establece una cláusula general de validez (*lex generalis*), mientras que, de otro, promulgó una detallada y extensa declaración de derechos (*leges speciales*), así como un sistema de garantías también complejo.

En cuanto a la declaración de derechos –la mayoría de los cuales se encuentra agrupada en el Título II de la Constitución (arts. 11 a 95)–, cabe señalar que se trata de un catálogo extenso y heterogéneo que se nutre principalmente de las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos proclamados hasta el momento de la expedición de la Constitución y de los avances del constitucionalismo de finales del siglo XX.

Aunque la declaración no deja de lado los derechos de contenido puramente individual, se observa en ella un fuerte contenido igualitario. Por ello, numerosos preceptos de la misma establecen, expresa o tácitamente, mandatos de actuación y de prestación para las autoridades.

La Constitución colombiana sigue la tradición histórica del constitucionalismo y, con ello, abre su amplio catálogo de derechos con aquellos que suelen denominarse de «primera generación», típicos de la concepción liberal de las libertades, y que se configuran como prerrogativas jurídicas inherentes al individuo humano destinadas a proteger su esfera privada y su autonomía e imponen un deber genérico de abstención al Estado y a los particulares.

Dentro de este grupo destacan el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el reconocimiento a la personalidad jurídica, los derechos a la

intimidad, la honra y el buen nombre, las libertades de conciencia, cultos, expresión e información, circulación, elección de profesión u oficio, enseñanza y cátedra, asociación, además de los derechos de petición, debido proceso, hábeas corpus, de asilo, reunión y manifestación (artículos 11 a 37). Adicionalmente, se establecen importantes prohibiciones, propias del legado universal de los derechos, como las del sometimiento a desaparición forzada y tratos crueles y degradantes, esclavitud, servidumbre y trata de seres humanos (artículos 12 y 17).

La Constitución también establece otros derechos y libertades reconocidos desde los albores del constitucionalismo –es decir, derechos asociados al Estado liberal– como la propiedad privada, ubicada como un derecho económico, social y cultural, y la libertad económica, emplazada en el título sobre el régimen político y la hacienda pública.

De igual modo, la Constitución incluye en su declaración los derechos llamados «de segunda generación», es decir, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre ellos los derechos a la vivienda, la seguridad social, la educación, la salud, la protección ambiental, el saneamiento básico y los derechos de los trabajadores. También reconoce los derechos políticos al uso, así como algunos derechos de titularidad colectiva como el disfrute del espacio público y la libre competencia económica.

En relación con el reconocimiento constitucional de derechos a grupos discriminados, ya se indicó arriba que existe un nutrido conjunto de derechos orientados a tratar de modo diferenciado a las comunidades étnicas minoritarias a fin de preservar su identidad cultural y hacer frente a la amenaza de su desaparición. El punto de partida del reconocimiento de los derechos culturales en Colombia es el artículo 7° de la Constitución, que establece como principio constitucional el pluralismo étnico y cultural de la nación.

Asimismo, la jurisprudencia ha creado la denominación «sujetos de especial protección» para hacer referencia a determinados colectivos (los niños, niñas y adolescentes, los adultos mayores, las mujeres cabeza de familia y otros grupos tradicionalmente marginados, discriminados o en situación de vulnerabilidad) que requieren una

protección reforzada mediante tratamientos diferenciados o medidas de discriminación positiva.

El reconocimiento y el régimen de los derechos se completa con las normas internacionales sobre la materia, que están incorporadas al ordenamiento constitucional en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad.

Sobre esta última cuestión cabe señalar que el Estado colombiano ha ratificado importantes instrumentos internacionales relativos a todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. Entre ellos se encuentran la Convención Americana de Derechos Humanos, su Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador), los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Convenciones 87, 98 y 169 de la OIT.

La incorporación de la figura del bloque de constitucionalidad, operada por la jurisprudencia constitucional, respondió a la necesidad de conciliar dos normas constitucionales aparentemente contradictorias, los artículos 4 y 93: el primero establece la superioridad jerárquica de la Constitución, mientras que el segundo otorga a algunos tratados internacionales sobre derechos humanos carácter «prevaliente» en el ordenamiento. Recurriendo al criterio hermenéutico de la armonía constitucional, la Corte Constitucional ha entendido que, habida cuenta de la imposibilidad jurídica de la existencia de normas jerárquicamente superiores a la Constitución, el artículo 93 debe interpretarse en el sentido de que tales tratados conforman un «bloque de constitucionalidad», que tienen la misma jerarquía normativa de las normas constitucionales y que, por ello, complementan su articulado.

La incorporación al Derecho interno de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ha jugado un papel central en la dinámica constitucional, dado que la Corte ha sido enfática al declarar la superioridad jerárquica de estas normas y no solo las ha esgrimido como límites constitucionales a la actividad legislativa, sino que también ha recurrido a ellas como criterios útiles para la interpretación de leyes

y ha reconocido su eficacia jurídica directa, materializada en la solución de casos concretos. Esta línea jurisprudencial es de enorme valor, puesto que no solo ha atribuido rango constitucional a los tratados de derechos humanos –previamente, a algunos de ellos solo se les reconocía jerarquía legal–, sino que, bajo la premisa de que los tribunales internacionales son los intérpretes por excelencia de las normas internacionales, ha propiciado que la jurisprudencia de estos tribunales tuviera eficacia en el ordenamiento colombiano y no fuese únicamente un criterio hermenéutico auxiliar.

El cuadro de garantías de los derechos fundamentales abarca tanto mecanismos ya tradicionales –la rigidez constitucional, el hábeas corpus, el acceso popular a la justicia constitucional– como dispositivos judiciales novedosos en el ordenamiento colombiano que permiten aplicar directamente la mayor parte de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Garantías no judiciales

Fuerza coactiva. De acuerdo con la Constitución, los preceptos sobre derechos fundamentales vinculan a todas las autoridades públicas (arts. 2, 6 y 91) y, salvo disposición constitucional expresa en sentido contrario, son de aplicación inmediata. Existe, por un lado, la responsabilidad personal de todos los funcionarios por vulneración de los derechos fundamentales y, por otro, la responsabilidad patrimonial del Estado frente a las víctimas por la conducta antijurídica de sus agentes.

Reserva de ley. Las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales y sus mecanismos de protección solo pueden ser desarrollados mediante ley estatutaria, esto es, mediante una modalidad de leyes especiales (afines a las leyes orgánicas del ordenamiento español) cuyas principales características diferenciales respecto de las ordinarias son las siguientes: su trámite parlamentario debe realizarse dentro de un mismo período anual de sesiones, su aprobación requiere mayoría cualificada y son sometidas a control previo de constitucionalidad ante la Corte constitucional.

Especial rigidez constitucional. Aunque el procedimiento de reforma de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales

no difiere de la regla general sobre reforma de la Constitución, el artículo 377 dispone que las reformas sobre la materia introducidas por el Congreso (también puede reformarse la Constitución por una asamblea constituyente o mediante votación popular directa) deben someterse a referéndum si así lo solicita el 5% de los ciudadanos inscritos en el censo electoral dentro de los seis meses siguientes a su promulgación. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el poder de reforma constitucional es diferente al poder de «sustitución» de la Constitución y que el límite de las atribuciones del constituyente derivado radica, precisamente, en el hecho de que no puede sustituir el régimen básico de libertades establecido en la Constitución.

Por otro lado, la Constitución establece que los derechos fundamentales no pueden suspenderse en los estados de excepción y que los decretos expedidos en virtud de esos estados de excepción son objeto de control automático de constitucionalidad.

Defensor del Pueblo. Con la finalidad específica de promocionar los derechos fundamentales, la Constitución introdujo la figura del Defensor del Pueblo, que tiene atribuciones de divulgación, investigación y denuncia, iniciativa legislativa en materia de derechos fundamentales, y legitimación activa para interponer acciones judiciales, en interés general o particular, para la defensa de los mismos.

Garantías judiciales

En este ámbito, debe mencionarse en primer lugar la garantía genérica de tutela judicial de los derechos mediante los procedimientos judiciales ordinarios (derecho de acceso a la administración de justicia, garantías del debido proceso), establecida en los artículos 229, 29 y 31 de la Constitución, y desarrollada, en general, en los diversos códigos de procedimientos judiciales.

El panorama de garantías judiciales de los derechos fundamentales se completa, no obstante, con las siguientes acciones, todas ellas de relieve constitucional: hábeas corpus, acción de tutela, acciones populares, acción y excepción de inconstitucionalidad, acción de cumplimiento.

Hábeas corpus

Este recurso permite a toda persona acudir ante una autoridad judicial con la finalidad de que se decida la legalidad o arbitrariedad de su arresto, prisión o detención y, en consecuencia, solicitar su puesta en libertad si el arresto o detención fueren ilegales. El hábeas corpus debe ser resuelto en el término improrrogable de treinta y seis horas y procede contra la detención decretada por un juez o tribunal. Asimismo, puede interponerse cuando se incumplan los requisitos de la *detención administrativa*, es decir, la que es decidida por las autoridades policiales y que se caracteriza por la ausencia de cargos o sindicaciones penales, como ocurre en los casos de flagrancia, o cuando el detenido no es conducido de modo inmediato ante un juez.

Igualmente, el hábeas corpus constituye uno de los medios más importantes para combatir la desaparición forzada de personas y las torturas o tratos crueles e inhumanos cometidos durante la privación de la libertad, lo que pone de relieve que esta garantía no es solo un mecanismo tutelar de la libertad personal, sino también de la vida y la integridad personal.

Acción y excepción de inconstitucionalidad: ambas figuras ya han sido descritas en un apartado anterior de este informe.

Acción de tutela: Se trata de un procedimiento «tipo amparo» de fácil acceso y pronta resolución para la protección de los derechos fundamentales. Las sentencias de instancia pueden ser revisadas de oficio por la Corte Constitucional.

Acción de cumplimiento. Es un procedimiento judicial para reclamar, por parte de cualquier persona, el efectivo cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Acciones populares y de grupo: Se trata de procesos judiciales concebidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza.

■ ECUADOR

Daniela Salazar Marín
y María Gracia Naranjo Ponce*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución ecuatoriana, Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La definición del Estado como un Estado constitucional de derechos y justicia representa un cambio respecto a la anterior Constitución, que lo catalogaba como un Estado social de Derecho¹. La categorización del Estado como un Estado «de derechos» se ha interpretado como la expresión de la transición del Estado de Derecho, en el que prima la legalidad, a un Estado de derechos, en el que priman los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. También se ha interpretado la denominación como un reconocimiento de la pluralidad jurídica, en la medida en que el texto constitucional no reconoce una sola fuente del Derecho –el Estado–, sino una diversidad de sistemas jurídicos.

.....
* Daniela Salazar Marín es profesora titular de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) y actualmente es vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador. María Gracia Naranjo Ponce es profesora en la USFQ y trabajó como asesora en la Corte Constitucional del Ecuador.

1 Art. 1. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

A pesar de que el artículo 1 de la Constitución establece que el Ecuador es un Estado unitario, el mismo artículo prescribe que el Estado se gobierna de forma descentralizada.

Desde una perspectiva territorial, el artículo 242 de la Constitución dispone que el Estado se organiza en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. El carácter descentralizado del Estado se manifiesta a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADs). El artículo 238 de la Constitución establece que constituyen GADs las juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los consejos provinciales y los consejos regionales. Estos gobiernos gozan de autonomía política, administrativa y financiera, y se rigen por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana. El mismo artículo añade que en ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional.

El artículo 6 de la Constitución establece que todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y que gozarán de los derechos establecidos en la Constitución. El artículo 9 añade que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas de acuerdo con la Constitución. Además, el artículo 416 de la Constitución, ubicado en el Capítulo que enuncia los principios que rigen a las relaciones internacionales, propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta y el progresivo fin de la condición de extranjero como elemento transformador de las relaciones desiguales entre los países, especialmente las relaciones Norte-Sur.

Con respecto a la nacionalidad, el artículo 6 de la Constitución prescribe que la nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. El mismo precepto establece las dos formas de obtención de nacionalidad ecuatoriana: por nacimiento y por naturalización.

Según el artículo 7 de la Constitución, son ecuatorianas y ecuatorianos por nacimiento: 1) las personas nacidas en el Ecuador; 2) las personas

nacidas en el extranjero de madre o padre nacidos en el Ecuador y sus descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad; y 3) las personas pertenecientes a comunidades, pueblos o nacionalidades reconocidos por el Ecuador con presencia en las zonas de frontera.

De acuerdo al artículo 8 de la Constitución, son ecuatorianas y ecuatorianos por naturalización las siguientes personas: 1) las que obtengan la carta de naturalización; 2) las extranjeras menores de edad adoptadas por una ecuatoriana o ecuatoriano, que conservarán la nacionalidad ecuatoriana mientras no expresen voluntad contraria; 3) las nacidas en el exterior de madre o padre ecuatorianos por naturalización, mientras aquellas sean menores de edad; conservarán la nacionalidad ecuatoriana si no expresan voluntad contraria; 4) las que contraigan matrimonio o mantengan unión de hecho con una ecuatoriana o un ecuatoriano de acuerdo con la ley; 5) las que obtengan la nacionalidad ecuatoriana por haber prestado servicios relevantes al país con su talento o esfuerzo individual.

El artículo 6 aclara que la nacionalidad ecuatoriana no se perderá por el matrimonio o su disolución ni por la adquisición de otra nacionalidad. El artículo 8 de la Constitución establece que quienes adquieran la nacionalidad ecuatoriana no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen. Además, añade que la nacionalidad ecuatoriana adquirida por naturalización se perderá por renuncia expresa.

En este sentido, de acuerdo con la Constitución, todos los individuos de nacionalidad ecuatoriana son, a su vez, ciudadanos ecuatorianos, mas no todos los ciudadanos son nacionales.

Como se ha dicho, el artículo 1 de la Constitución define al Estado como un Estado plurinacional. En concordancia con esta caracterización, el artículo 6 consagra la nacionalidad ecuatoriana sin perjuicio de la pertenencia de un nacional ecuatoriano a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

Por otro lado, el artículo 56 establece que las nacionalidades comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado, que es único e indivisible. Además, el artículo 257 estipula que podrán conformarse

circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente y se regirán por los principios de interculturalidad, plurinacionalidad y los derechos colectivos.

La Constitución reconoce, por tanto, que, en el territorio del Estado, con el que todos los ecuatorianos mantienen un vínculo de nacionalidad, existen nacionalidades indígenas a las que se les reconocen derechos y pueden conformar circunscripciones territoriales autónomas.

La definición de Ecuador como un Estado plurinacional e intercultural implica que la actividad de los legisladores, los jueces y, en general, todas las autoridades públicas, debe adecuarse a estos principios definitorios, por lo que vale la pena detenernos en su significado.

El hecho de que la Constitución defina al Estado como plurinacional constituye el reconocimiento de una realidad en la que distintas nacionalidades indígenas conviven con los pueblos afroecuatorianos, blancos y mestizos, es decir, el texto constitucional constata la diversidad existente dentro de un mismo Estado. La Corte Constitucional ha señalado que la plurinacionalidad implica que el Estado «reconoce, respeta y articula las diversas formas de organización social, política y jurídicas que deben coexistir, sin jerarquización, bajo un proyecto político común que es el Estado constitucional»². Por su parte, la definición del Estado como intercultural no hace referencia a la existencia de distintas culturas, sino a las relaciones y articulaciones que se producen entre las mismas en un marco de la diversidad cultural. Un Estado intercultural procura la creación de mecanismos orientados a favorecer la convivencia de las diversas culturas respetando la diversidad, así como a reparar los efectos de la falta de reconocimiento de esta diversidad en el pasado. La Corte Constitucional ha definido la interculturalidad como «el entramado de relaciones que tienen lugar entre las diversas culturas y propicia su convivencia sobre la base de la igualdad sin descaracterizar los elementos que configuran su

.....
2 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 134-13-EP/20 de 22 de julio de 2020, párr. 33.

identidad»³. Se trata, pues, de conceptos complementarios que valoran tanto la unidad como la diversidad.

En cuanto a la definición del Estado como un Estado constitucional de derechos y justicia, la Corte Constitucional ha interpretado que «este nuevo Estado ecuatoriano no es, por supuesto, un Estado de legalidad [...] El estudio del Estado constitucional de los derechos, implica la adopción de nuevas metodologías e instrumentos de interpretación y comprensión de la realidad jurídica, que van más allá de la separación de poderes y la consagración formal de los derechos de las personas»⁴. Esta definición ha sido objeto de críticas que apuntan a su alejamiento deliberado del principio de sujeción de la autoridad a la ley y que, por ello, podría implicar un fortalecimiento de la discrecionalidad. No obstante, también ha sido alabada porque refleja el sometimiento de todo poder –público y privado– a los derechos y la superioridad jerárquica de los derechos sobre la ley.

Otro concepto que merece la pena analizar es el de la ciudadanía universal. La Constitución ecuatoriana propugna el principio de ciudadanía universal, la libre movilidad y el progresivo fin de la condición de extranjero. En consecuencia, la norma suprema reconoce a las personas el derecho a migrar y afirma que no se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. Transcurridos doce años desde este reconocimiento constitucional, la legislación y las políticas públicas en materia de movilidad humana siguen estando informadas por los principios de selectividad, control, seguridad y soberanía. Así, si bien se defiende que los ecuatorianos en el exterior son ciudadanos universales, los extranjeros migrantes en Ecuador no han corrido la misma suerte. A pesar de ello, recientemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido dotando de contenido al derecho a migrar y a la ciudadanía universal⁵.

.....
3 *Ibidem.*

4 Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia interpretativa No. 002-08-SI-CC de 27 de marzo de 2013.

5 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 159-11-JH/19 (Hábeas corpus y personas en situación de movilidad humana) de 26 de noviembre de 2019; sentencia No. 335-13-JP/20 (Debido proceso en la revocatoria de nacionalidad) de

Finalmente, consideramos importante realizar algunos comentarios sobre la descentralización como la forma de gobierno establecida por el artículo 1 de la Constitución. Si bien la Constitución de 1998 ya consagraba el concepto de descentralización, señalaba que ciertas competencias⁶ del Gobierno central *podrán* centralizarse. Por tanto, de acuerdo con dicha Constitución, la descentralización era obligatoria únicamente cuando una entidad seccional la solicitara y tuviera capacidad operativa para asumirla⁷, por lo que dependía no solo de la voluntad política de los gobernantes, sino también de la capacidad material de los GADs para asumir competencias.

La actual Constitución no solamente consagra la descentralización como forma de gobierno, sino que también prescribe que el Estado tiene el deber de «promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización». Además, a lo largo de su articulado, establece con claridad las competencias que estarán a cargo de los GADs y les otorga autonomía administrativa, política y financiera. Si bien en la actualidad los GADs siguen enfrentándose a desafíos para ejercer adecuadamente sus competencias, la descentralización consagrada en la actual Constitución constituye un paso importante hacia una forma de gobierno caracterizada por la limitación de la concentración del poder político.

2. Modelo económico

El Título IV de la Constitución versa sobre el régimen de desarrollo, que es definido como «el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*»⁸. En este sentido,

.....

12 de agosto de 2020; sentencia No. 897-11-JP/20 (Garantías mínimas en el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado) de 12 de agosto de 2020; sentencia No. 639-19-JP/20 (Expulsión colectiva de personas migrantes) de 21 de octubre de 2020.

6 A excepción de la defensa y la seguridad nacional, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado y la gestión de endeudamiento externo.

7 Art. 226. Constitución Política de la República del Ecuador, 1998.

8 Art. 275. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

el texto constitucional establece que la esfera económica es uno de los componentes del régimen de desarrollo.

En coherencia con ello, el artículo 283 de la Constitución establece que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin en sí mismo; promueve una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, el Estado, el mercado y la naturaleza cuyo objetivo es garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir, y añade que el sistema económico se integrará por las formas de organización pública, privada, mixta, popular y solidaria.

Al referirse al régimen de desarrollo, el artículo 275 de la Constitución establece que será planificado por el Estado. Por su parte, el artículo 276 de la Constitución fija como objetivo del régimen de desarrollo la construcción de un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible. De estas previsiones se desprende que la Constitución atribuye al Estado el cometido de velar por la construcción de un sistema económico con dichas características.

Esta obligación se materializa en una serie de normas constitucionales referidas al rol del Estado en la redistribución de recursos, la administración, regulación, control y gestión de ciertos sectores de la economía, la protección de la producción local y la priorización de la inversión en el mismo ámbito, entre otras.

El artículo 335 de la Constitución establece que, cuando sea necesario, el Estado regulará, controlará –e intervendrá en– los intercambios y transacciones económicas y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El precepto agrega que el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición dominante en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal.

Adicionalmente, el artículo 336 atribuye al Estado la función de impulsar –y velar por– el comercio justo con la finalidad de minimizar las distorsiones de la intermediación y promover la sustentabilidad. El mismo artículo establece que, mediante ley, el Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades.

La conceptualización del sistema económico como uno de los componentes del régimen de desarrollo, y la obligación de que este se oriente a la realización del buen vivir y del *sumak kawsay* se manifiestan en una serie de normas constitucionales que apuntan a la consecución de dicho objetivo.

En primer lugar, las normas constitucionales reflejan una evidente tendencia a la redistribución tanto de recursos como de factores de producción. El artículo 3 de la Constitución dispone que uno de los deberes primordiales del Estado es la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir. El artículo 281 consagra la responsabilidad del Estado de promover políticas redistributivas que faciliten el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos. El artículo 285 señala entre los objetivos de la política fiscal la redistribución del ingreso a través de transferencias, tributos y subsidios adecuados. En la misma línea, el artículo 334 impone al Estado el deber de promover el acceso equitativo a los factores de producción. Finalmente, el artículo 300 establece que la política tributaria fomentará la redistribución y que se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

En segundo lugar, las normas constitucionales también reflejan la intención del constituyente de que exista una robusta participación estatal en el ámbito económico. El artículo 313, por ejemplo, reserva al Estado el derecho exclusivo de administrar, regular, controlar y gestionar ciertos sectores, denominados sectores estratégicos⁹. En el mismo sentido, el artículo 315 establece que el Estado constituirá empresas públicas para

.....
 9 La Constitución considera sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte

gestionar de los sectores estratégicos, prestar servicios públicos, favorecer el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y desarrollar otras actividades económicas.

En tercer lugar, las normas constitucionales evidencian una clara tendencia a la protección de la producción local y, consecuentemente, a la restricción de ciertas importaciones. El artículo 284, numeral 2, establece que uno de los objetivos de la política económica es incentivar la producción nacional. En términos similares, el artículo 304, numeral 3, establece que uno de los objetivos de la política comercial es fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales. En consonancia con estos objetivos, el artículo 335 dispone que el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional. En materia de compras públicas, el artículo 288 estipula que se priorizarán los productos y servicios nacionales. Con respecto a las importaciones y exportaciones, el artículo 306 señala que el Estado propiciará únicamente las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivará aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza.

En cuarto lugar, las normas constitucionales patentizan una tendencia a la priorización de la inversión local sobre la inversión extranjera. El artículo 339, por ejemplo, establece que el Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras otorgando prioridad a la inversión nacional, y añade que la inversión extranjera directa será complementaria a la nacional y estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico, las regulaciones nacionales y la aplicación de los derechos.

Finalmente, aunque escapan del ámbito netamente económico, cabe hacer mención a otras disposiciones constitucionales que ponen de manifiesto la tendencia a la protección de lo local en cuestiones económicas; por ejemplo, el artículo 422, que prohíbe la celebración de tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción

.....

y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Como hemos señalado anteriormente, la Constitución consagra un sistema económico social y solidario. Define el sistema económico como uno de los sectores del régimen de desarrollo y establece que, como parte de este, debe estar orientado a garantizar la realización del buen vivir y del *sumak kawsay*. Esta conceptualización representa un cambio respecto a la que consagraba la constitución de 1998, que hacía referencia a un sistema económico social de mercado.

Esta nueva conceptualización del sistema económico tiene una incidencia directa en el funcionamiento de la política económica y, en particular, en el de las políticas monetaria, cambiaria, crediticia, financiera y fiscal. Las normas constitucionales que se refieren a estas políticas específicas están fundadas en la antedicha definición del sistema económico. Es evidente en que la nueva conceptualización del sistema económico están implicados objetivos ajenos a los estrictamente económicos como los fines sociales, culturales y ambientales.

El aspecto más positivo de la conceptualización del sistema económico propuesto en la Constitución es que reconoce al ser humano como eje fundamental de la economía tanto desde la perspectiva de las fuentes de producción como desde el prisma de los resultados que se aspira a obtener del sistema. Como ya hemos señalado, la Constitución establece que el sistema económico reconoce al ser humano como sujeto y fin y propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, el Estado y el mercado, en armonía con la naturaleza.

Del sistema económico diseñado en la Constitución también es destacable el propósito de promover la participación en la economía de la mayor cantidad posible de actores sociales a través del fortalecimiento de redes de productores y consumidores, el impulso del comercio justo y el incentivo de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. Las normas constitucionales que materializan el sistema económico social y solidario aspiran a promover un sistema económico inclusivo en el que

participen más agentes en la economía. Este objetivo también ha derivado, por ejemplo, en una importante ampliación de ciertos derechos económicos y sociales, entre ellos el derecho a la seguridad social de las personas que realizan trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano en los hogares.

Por otro lado, resulta evidente que los objetivos que la Constitución impone al sistema económico conllevan la necesidad de que exista planificación y regulación estatal. Como hemos señalado, son varias las normas constitucionales que evidencian la intención de que el mercado sea más vigilado por parte del Estado o de que el Estado intervenga en ciertos sectores de la economía con el fin de alcanzar los objetivos sociales que mediante la acción del mismo pretenden lograrse. Percibimos con preocupación el preponderante rol estatal y el exceso de funciones atribuidas al Estado en la regulación económica. Desde la perspectiva específica de la eficiencia, resulta cuestionable que se considere deseable que el Estado se reserve la administración, regulación, control y gestión de ciertos sectores de la economía.

En el mismo sentido, podría cuestionarse la conveniencia de la excesiva protección de la producción local y la priorización de la inversión local en detrimento de la extranjera. Aunque es evidente el objetivo legítimo que subyace a esta protección, la intensidad de esta tutela en una era en la que se tiende a la globalización, la internacionalización y la integración de las economías podría poner al Ecuador en situación de desventaja frente a otros Estados.

Adicionalmente, cabe cuestionar si resulta conveniente que la Constitución establezca, con semejante nivel de detalle, el sistema económico al que ha de sujetarse el país. El texto constitucional contiene una gran cantidad de normas que inciden directamente en el funcionamiento de la política económica –y, en particular, de las políticas monetaria, cambiaria, crediticia, financiera y fiscal–, disposiciones que dejan poco margen de acción a los gobernantes sobre estas cuestiones. Si bien esto resulta positivo porque brinda certeza e impone a los gobernantes de turno la obligación de atender las normas económicas que el pueblo soberano ha

decidido darse al aprobar la Constitución, podría resultar negativo, en la medida en que las cuestiones económicas, a diferencia de las normas constitucionales, son dinámicas y cambiantes. La Constitución, en fin, nos ata a un modelo económico determinado, independientemente de si este responde adecuadamente a las realidades y circunstancias del momento en el que han de aplicarse.

3. Modelo político y sistema de gobierno

La Constitución no establece de forma explícita un sistema de gobierno. Sin embargo, de la lectura de diversas disposiciones de la misma puede inferirse que consagra un sistema de gobierno presidencialista.

El artículo 141 proclama que la presidenta o el presidente es el jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública. El artículo 143 establece que será elegida o elegido por votación popular en conjunto con el vicepresidente. El artículo 144 dispone que el presidente permanecerá cuatro años en sus funciones y podrá postularse para ser reelecto.

El artículo 147 de la Constitución enumera las atribuciones del presidente, algunas de las cuales son típicas de los sistemas presidencialistas, entre ellas participar con iniciativa legislativa en el proceso de formación de las leyes; sancionar o vetar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional; dirigir la administración pública y expedir los decretos necesarios; nombrar y remover a los ministros; expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes; y convocar a consulta popular; indultar, rebajar o conmutar las penas.

Además, de acuerdo al artículo 148 de la Constitución, el presidente podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, esta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente. En este escenario, hasta la instalación de la nueva Asamblea Nacional, el presidente podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica.

De acuerdo con el artículo 164, el Presidente podrá también decretar el estado de excepción en caso de agresión, conflicto armado

internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. Finalmente, los artículos 441 y 442 de la Constitución facultan al presidente para convocar a referéndum para la enmienda¹⁰ de la Constitución y a proponer la reforma parcial¹¹ de la carta magna ante la Asamblea Nacional.

De acuerdo con el artículo 118 de la Constitución, la Asamblea Nacional ejerce función legislativa. La Asamblea es un órgano unicameral que se integrará por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años.

Si bien la Asamblea Nacional es el único órgano legislativo del Estado central, la Constitución reconoce facultades legislativas a los GADs de las regiones, distritos metropolitanos, provincias y cantones únicamente en el ámbito de sus competencias y jurisdicciones territoriales.

El presidente interviene en el proceso de formación de la ley en calidad de colegislador. Esta competencia está reconocida en artículo 147 de la Constitución, que establece que entre sus atribuciones figura la de sancionar los proyectos de ley aprobados por la Asamblea Nacional, y en el artículo 137, que prescribe que, una vez aprobado un proyecto, este será enviado al presidente para que lo sancione u objete. El presidente tiene poder de veto parcial y total. También podrá vetar un proyecto por razones de inconstitucionalidad.

Antes de referirnos a los mecanismos de control que existen entre los distintos poderes políticos en el Ecuador, consideramos relevante anotar que la Constitución establece cinco poderes del Estado, en lugar de los tres que tradicionalmente regula la parte orgánica de las constituciones. Además de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, la

.....

10 La enmienda de la Constitución procede cuando la modificación no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, no establezca restricciones a los derechos y garantías o no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución.

11 La reforma parcial de la Constitución procede cuando la modificación no suponga una restricción de los derechos y garantías constitucionales ni altere el procedimiento de reforma de la Constitución.

Constitución consagra la función de transparencia y control social¹² y la función electoral¹³.

La función de transparencia y control social ejerce mecanismos de control de otros poderes políticos. Entre sus facultades figuran el establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones del sector público y procesos de veeduría ciudadana, así como la investigación de denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación o generen corrupción. La función de transparencia y control social también tiene a su cargo la designación de ciertas autoridades.

Con respecto al control político que ejerce la función legislativa a la función ejecutiva, la Constitución prevé que la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político del presidente o el vicepresidente en los siguientes casos: 1) por delitos contra la seguridad del Estado; 2) por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito; y 3) por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia. Para iniciar el juicio político será necesario el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional, pero no el enjuiciamiento penal previo.

Similarmente, de acuerdo con el artículo 131 de la Constitución, la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político –por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley– de los ministros, o de la máxima autoridad de la Procuraduría General

.....

12 El artículo 204 de la Constitución establece que la función de transparencia y control social corre a cargo del control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción. Esta función está conformada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias.

13 El artículo 217 de la Constitución establece que la función electoral está a cargo de garantizar el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes de la organización política de la ciudadanía. La función electoral está conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral.

del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública General, Superintendencias, y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral, Consejo de la Judicatura y Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Además, la Asamblea Nacional podrá destituir al presidente por las siguientes causas: 1) arrogarse funciones que no le competan, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; y, 2) generar una grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida una sola vez durante el periodo legislativo en los tres primeros años del mismo. Tras la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos periodos. Finalmente, el artículo 166 de la Constitución faculta a la Asamblea Nacional para revocar el estado de excepción decretado por el presidente en cualquier momento.

Con respecto al control político que la función ejecutiva ejerce sobre la función legislativa, el artículo 148 de la Constitución establece que el presidente podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, esta se hubiera arrogado funciones que no le competan, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o en el caso de que, de forma reiterada e injustificada, obstruya la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, así como por grave crisis política y conmoción interna. Esta facultad podrá ser ejercida una sola vez en los tres primeros años de su mandato. Tras la disolución, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones legislativas y presidenciales para el resto de los respectivos periodos. Hasta la instalación de la Asamblea, el presidente podrá, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional, expedir decretos-leyes de urgencia económica que podrán ser aprobados o derogados por el órgano legislativo.

Desde su primera Constitución, Ecuador adoptó un sistema presidencialista que se ha mantenido a lo largo de todas sus cartas políticas, pero que fue reforzado en la de 2008. Si bien la Constitución amplió el catálogo de derechos y fomentó la participación ciudadana, también amplió las facultades del presidente y fortaleció sus potestades para influir

en los ámbitos legislativo y judicial, tendencia que parece poco coherente con el modelo participativo.

De entre las diversas facultades ampliadas que se reconoce al presidente, merece comentario aparte la llamada «muerte cruzada», esto es, la facultad del presidente para disolver la Asamblea si, por ejemplo, estima que existe una grave crisis política. Si esto llegare a ocurrir, una vez disuelta la Asamblea, el Consejo Nacional Electoral está obligado a convocar elecciones tanto para renovar el poder legislativo como el propio poder ejecutivo (de ahí la denominación «cruzada»). Cabe señalar que el presidente que haga uso de esta figura está facultado para postularse él mismo a la presidencia; además, si el primer mandatario hace uso de su potestad de disolver la Asamblea Nacional, hasta que se convoquen elecciones y se instale la nueva Asamblea, está facultado a dictar leyes por decreto, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional.

Aunque durante los doce años de vigencia de la Constitución esta figura no ha sido formalmente aplicada, en la práctica ha servido como una constante amenaza por parte del ejecutivo para someter al legislativo. Así, a pesar de que no se haya aplicado, ha propiciado una actitud sumisa de la Asamblea Nacional hacia el presidente con miras a evitar todo tipo de crisis política que pueda culminar en su disolución.

Sin perjuicio de las amplias facultades que otorga al presidente, la Constitución prevé mecanismos de control político del jefe del ejecutivo por parte la Asamblea Nacional. Como se desprende de las normas constitucionales antes citadas, la Asamblea ostenta la potestad de destituir al presidente en supuestos muy concretos, proceder al enjuiciamiento político del presidente, el vicepresidente, los ministros y otras autoridades, así como de revocar el estado de excepción decretado por el presidente en cualquier tiempo.

En la práctica, sin embargo, estas figuras no han sido aplicadas con frecuencia. Por ejemplo, la Asamblea Nacional nunca ha destituido a un presidente. Tampoco ha activado la revocatoria de un estado de excepción decretado por el Presidente ni ha ejercido ningún tipo de control político de estas declaratorias. Con respecto a los juicios políticos, su tratamiento fue

prácticamente nulo hasta 2017. Entre 2013 y 2017, por ejemplo, el Pleno de la Asamblea Nacional no cursó ningún proceso de control político. En los últimos años, la Asamblea Nacional ha tramitado una cantidad mayor de solicitudes de juicios políticos, pero muy pocos han alcanzado una resolución.

4. Democracia y participación

La Constitución incluye entre los derechos de participación tanto los derechos políticos relacionados con la democracia representativa (sufragio activo y pasivo) como otras formas de ejercicio directo de la democracia (la consulta popular y la revocatoria del mandato). Adicionalmente, varios artículos de la Constitución hacen referencia a la obligación de los órganos del poder público de tomar en cuenta la participación de la ciudadanía, a la facultad ciudadana de presentar proyectos de ley y al derecho a ser consultada sobre ciertas materias.

De manera novedosa, además de los derechos de participación política, la Constitución de Montecristi establece como derecho autónomo el de participar en asuntos de interés público. Así, el artículo 95, referido a los principios de la participación, prevé que las ciudadanas y ciudadanos, de forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, la planificación y gestión de los asuntos públicos y el control popular de las instituciones del Estado, la sociedad y sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación estará informada por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad. El artículo 95 agrega que la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria¹⁴.

.....

14 Si bien el texto constitucional no desarrolla de forma expresa al concepto de participación comunitaria, son varias las normas constitucionales que dan luces acerca del alcance de este concepto, que guarda relación con formas de participación ajenas a la esfera estatal que deben ser reconocidas y respetadas por el Estado. Por ejemplo, en el artículo 96 de la Constitución se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular

El artículo 1 de la Constitución dispone que la voluntad popular es el fundamento de la autoridad Estatal y se ejerce tanto a través de los órganos del poder público como a través de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

En particular, dentro del *Título IV de la Constitución*, dedicado a la participación y organización del poder, hay una sección que versa sobre la democracia directa y que en sus cinco artículos desarrolla distintos mecanismos para hacerla efectiva.

En primer lugar, el artículo 103 regula a la iniciativa popular normativa y prescribe que se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogación de normas jurídicas ante la función legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. La iniciativa deberá contar con el respaldo de un número no inferior al 0.25 % de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. Quienes propongan la iniciativa popular participarán, mediante representantes, en el debate del proyecto. Cuando se trate de un proyecto de ley presentado por iniciativa popular normativa, el presidente podrá enmendar el proyecto, pero no vetarlo totalmente.

Para la presentación de propuestas de reforma constitucional, se requerirá el respaldo de un número no inferior al 1 % de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la función legislativa no analice la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque consulta popular

.....

para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno. El artículo 57 de la Constitución, en su numeral 15, se refiere al derecho colectivo de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas de construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa, así como la obligación del Estado de reconocer y promover todas sus formas de expresión y organización. En el mismo sentido, el artículo 257 de la Constitución consagra la posibilidad de conformar circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se registrarán por principios de interculturalidad.

sin necesidad de presentar el 8% de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Mientras esté en tramitación una propuesta ciudadana de reforma constitucional, no podrá presentarse otra.

En segundo lugar, el artículo 104 contempla la figura de la **consulta popular**. Este artículo prevé cinco escenarios posibles de consultas populares en función de la instancia que tiene la iniciativa para solicitar al organismo electoral que la convoque:

¿Quién puede solicitar que se realice la consulta?	¿Sobre qué puede versar la consulta?
Presidente	Sobre que estime conveniente, de acuerdo con sus competencias. Sobre proyecto de ley que haya sido negado por la Asamblea Nacional.
Máxima autoridad de un Gobierno Autónomo Descentralizado Con respaldo del ¾ de sus integrantes.	Sobre temas de interés o competencia de su jurisdicción. No puede referirse a asuntos relativos a tributos u organización político administrativa del país.
Ciudadanos en el Ecuador <u>Consulta popular nacional</u> : con respaldo no inferior del 5% del padrón electoral. <u>Consulta popular local</u> : con respaldo no inferior 10 % del padrón electoral.	Sobre cualquier asunto, salvo aquellos relativos a tributos u organización político administrativa del país. En caso de rechazo o modificación no consentida del proyecto de iniciativa popular normativa por la Asamblea o el órgano con competencia normativa, o bien modificación en términos relevantes.
Ciudadanos en el exterior Con respaldo no inferior a 5 % del padrón electoral de la circunscripción especial.	Sobre temas de su interés y relacionados con el Estado.
Asamblea Nacional	Únicamente sobre la autorización o no para realizar actividades extractivas de los recursos no renovables en aéreas protegidas o en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal.

En todos los casos se requiere dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas. La consulta popular puede tener carácter plebiscitario o de referéndum. Cuando se somete a consulta la aprobación de un texto o propuesta normativa concreta, la consulta adopta la forma del referéndum; si es aprobada, la propuesta entra en vigencia de inmediato bajo la forma de un mandato vinculante. También es posible realizar una consulta sobre un tema de

relevancia pública que no involucre la aprobación de un texto normativo definido: en tal caso se trata de un plebiscito.

En tercer lugar, el artículo 105 regula la revocatoria de mandato de las autoridades de elección popular. La solicitud de revocatoria del mandato podrá presentarse una vez cumplido el primer año –y antes del último año– del periodo para el que fue electa la autoridad cuestionada. Durante el periodo de gestión de una autoridad podrá realizarse solo un proceso de revocatoria del mandato. La solicitud de revocatoria deberá ser respaldada por un número no inferior al 10 % de personas inscritas en el registro electoral correspondiente. En el caso del presidente, será requerirá apoyo de un número no inferior al 15 % de los inscritos en el registro electoral.

El artículo 106 de la Constitución establece que el pronunciamiento popular, tanto en consultas populares como en casos de revocatoria de mandato, será de obligatorio e inmediato cumplimiento.

Por otro lado, consideramos oportuno señalar que el artículo 57 de la Constitución reconoce a dos formas de participación entendidas como derechos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas: 1) la consulta previa, libre e informada sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; y 2) la consulta previa sobre la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos, denominada consulta prelegislativa.

Por su parte, el artículo 398 de la Constitución establece que toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad. Esta forma de participación ha sido denominada «consulta ambiental».

Como hemos indicado, la revocatoria de mandato de las autoridades de elección popular por parte de las personas en el ejercicio de los derechos políticos es uno de los mecanismos de democracia directa que prevé la Constitución.

Si bien la participación ciudadana está reconocida como un derecho autónomo y constituye un eje transversal de la Constitución expresado

a través de diversos mecanismos de democracia directa, en la práctica el diseño constitucional institucional ha constituido una barrera para hacer efectivo este derecho. En primer lugar, el hiperpresidencialismo consagrado en la Constitución está en permanente tensión con los mecanismos de democracia directa y participación reconocidos en este texto. A esta circunstancia se suma el hecho de que la participación no está concebida únicamente como una iniciativa ciudadana, sino también como un espacio institucional controlado por el Estado.

Y es que la Constitución de Ecuador creó un quinto poder, denominado la función de transparencia y control social, en el marco de la misma, creó la figura del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Como ya hemos adelantado, este Consejo –formado por siete consejeros seleccionados por el Consejo Nacional Electoral a través de concursos– selecciona a su vez al Defensor del Pueblo, al Defensor Público, al fiscal general, al contralor, a los miembros del Consejo Nacional Electoral, a los del Tribunal Contencioso Electoral y a los del Consejo Nacional de la Judicatura. A su vez, el Consejo Nacional de la Judicatura selecciona a los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, a los jueces inferiores e incluso a los notarios. Así, en las funciones de supervisión y selección del Consejo de Participación Ciudadana reside el control de las principales autoridades y demás funciones del Estado, incluida la judicial. Además de las atribuciones para designar autoridades, el Consejo de Participación Ciudadana tiene también las facultades de promover la participación ciudadana, incentivar la deliberación pública y formar en materia de ciudadanía, los valores, la transparencia, la lucha contra la corrupción, entre otros. Por tanto, la creación de este organismo ha implicado la institucionalización de la participación ciudadana, subordinando los movimientos sociales a la lógica del aparato estatal. A doce años de la vigencia de la Constitución de 2008, varias iniciativas de consulta popular están dirigidas a eliminar la existencia de este órgano de la Constitución.

También vale la pena señalar que, desde la entrada en vigor de la Constitución, la iniciativa popular normativa ha tenido poco éxito en la práctica. En el mismo sentido, las iniciativas de consulta popular o de

modificación constitucional¹⁵ que han tenido éxito han sido aquellas impulsadas desde el Estado y no desde la ciudadanía¹⁶.

Las iniciativas ciudadanas que, por ejemplo, trataron de evitar la explotación petrolera en el parque nacional Yasuní, encontraron barreras en la interpretación que la Corte Constitucional realizó de las normas que rigen el procedimiento de consulta popular. En su Dictamen No. 001-13-DCP-CC, de 25 de septiembre de 2013, la Corte estableció que los ciudadanos debían primero cumplir el requisito de legitimación democrática, recolectando las firmas necesarias, y sólo después la Corte se pronunciaría sobre la constitucionalidad de las preguntas¹⁷. Luego, el

.....

15 La Constitución de 2008 ha sufrido tres modificaciones desde su entrada en vigor. La primera fue la reforma constitucional en el año 2011, a iniciativa de la función ejecutiva y aprobada mediante consulta popular. La segunda fue una enmienda constitucional de iniciativa legislativa y aprobada por esta función en 2015. La tercera fue un proceso de reforma constitucional planteado por la función ejecutiva en 2018 y aprobada mediante consulta popular en 2018.

16 En sus respectivos dictámenes, la Corte ha sido enfática a la hora de diferenciar a la consulta popular de los mecanismos previstos para la reforma de la Constitución (la enmienda constitucional, la reforma parcial de la Constitución y la asamblea constituyente). La Corte también ha reiterado que, ante un pedido de modificación constitucional, la Corte Constitucional actúa de manera distinta en tres momentos concretos: (1) la determinación de la vía para proceder a la modificación constitucional; (2) el control constitucional de la convocatoria a referéndum popular para que se apruebe la modificación constitucional; y (3) el control de la constitucionalidad de la modificación constitucional ya aprobada. En contraste, ante una propuesta de convocatoria consulta popular, la Corte Constitucional no requiere realizar una determinación de la vía, sino que procede de manera automática a emitir un dictamen previo y vinculante respecto del contenido de la convocatoria a consulta popular. Ver, por ejemplo: Dictamen No. 04-18-RC/19 y Dictamen 04-19-CP/19.

17 Específicamente, en dicho Dictamen la Corte resolvió “[n]o emitir dictamen de constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular en el caso No. 0002-10-CP, hasta que se cumpla de manera integral la verificación del requisito de legitimidad democrática” y estableció la siguiente regla jurisprudencial de aplicación obligatoria con efecto erga omnes: “[p]ara la emisión del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de las convocatorias a consulta popular provenientes de la iniciativa ciudadana, el Consejo Nacional Electoral deberá remitir a la Corte Constitucional, junto con la petición de consulta, el informe favorable del cumplimiento de la legitimación democrática”.

Consejo Nacional Electoral invalidó las firmas presentadas. Esta lógica contraria a la participación ciudadana afortunadamente fue revocada por la nueva conformación de la Corte Constitucional, que en su Dictamen No. 1-19-CP/19 de 16 de abril del 2019. En dicho Dictamen, la Corte Constitucional modificó el precedente jurisprudencial contenido en el dictamen N°. 001-13-DCP-CC determinando que “[a]nte un pedido de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad sobre convocatorias a consultas populares, la Corte Constitucional procederá a realizar el control constitucional de los considerandos introductorios y las preguntas de la misma, sin requerir el respaldo de la recolección de firmas”.

Finalmente, nos interesa comentar sobre la consulta previa y la consulta prelegislativa como mecanismos de participación de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. La consulta previa ya se encontraba prevista en la Constitución de 1998, pero con un contenido diferente, pues la actual recoge estándares internacionales que la anterior no reconocía¹⁸. La consulta prelegislativa, por su parte, fue consagrada por primera vez en la Constitución de 2008. Sobre esta forma de consulta, la Corte Constitucional recientemente estableció que “el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos, no se limita a la adopción de medidas expedidas por el órgano legislativo sino, de manera general, a medidas normativas y administrativas”¹⁹. Estos dos mecanismos de participación, que en la Constitución se encuentran consagrados como derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,

.....

18 La Constitución de 2008 añadió que la consulta previa debe: 1) ser libre, previa e informada; 2) realizarse en un plazo razonable; y 3) efectuarse incluso previo a planes y programas de comercialización; criterios que no estaban recogidos en el artículo de la Constitución de 1998 que se refería a la consulta previa. Estos criterios guardan armonía con los contenidos en instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), ratificada por el Ecuador (Registro Oficial 18, 15-VIII-2019), en su artículo 32.

19 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 20-12-IN/20, de 1 de julio de 2020, párr. 92.

constituyen importantes pasos para garantizar su participación efectiva en la toma de decisiones.

5. Justicia Constitucional

De acuerdo con el artículo 429 de la Constitución, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Se trata de un órgano que no es parte de la función judicial, cuya composición incluye una Corte Nacional de Justicia. Así, para controlar la supremacía de la Constitución se creó un órgano especializado de justicia constitucional –la Corte Constitucional- entre cuyas facultades destaca la protección los derechos constitucionales incluso frente a posibles violaciones cometidas por la Corte Nacional de Justicia.

La Corte Constitucional está integrada por nueve miembros que ejercen sus funciones en plenario y en salas. Los jueces desempeñan sus cargos por un periodo de nueve años sin reelección inmediata y son renovados por tercios cada tres años²⁰. Son designados por una comisión calificadora integrada por dos personas nombradas por las funciones legislativa, ejecutiva y de transparencia y control social. La selección de los miembros se realiza entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores a través de un sistema de concurso público. En la integración de la Corte se procura la paridad entre hombres y mujeres²¹.

La Constitución prevé la aplicación directa de sus disposiciones. Sin perjuicio de esta previsión, su artículo 428 establece que, cuando un juez –de oficio o a petición de parte– considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá

.....
20 Art. 432. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

21 Art. 434. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

En este sentido, a pesar de que la Constitución prevé la aplicación directa de la Constitución por parte de toda autoridad, únicamente la Corte Constitucional es responsable del control constitucional, por lo que el texto constitucional consagra un modelo de control de constitucionalidad concentrado. La justicia constitucional ordinaria no tiene la facultad de expulsar del ordenamiento una norma ni de inaplicarla en un caso concreto y, en caso de duda sobre la constitucionalidad de normas, los jueces deben consultar a la Corte Constitucional, órgano en el que se concentra el control constitucional.

De acuerdo con el artículo 436 de la Constitución, las facultades de control constitucional que ejerce la Corte Constitucional son tanto facultades de control abstracto (así ocurre en el caso de las acciones públicas de constitucionalidad) como de control concreto.

Gran parte del control constitucional se ha concentrado en las numerosas facultades de la Corte Constitucional. Así, el artículo 436 de la Constitución atribuye a la Corte Constitucional las siguientes competencias:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.
2. Resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado.
3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas cuando, en los casos sometidos a su conocimiento, concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.
4. Resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.

5. Resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, así como para asegurar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.
6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto a las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales.
7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.
8. Realizar de oficio el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción.
9. Sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.
10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven los mandatos contenidos en normas constitucionales.

Como se desprende de esta relación, la Corte Constitucional tiene a su cargo tanto el control concreto y abstracto de constitucionalidad como otras formas específicas de control. A su vez, está a cargo del conocimiento directo de ciertas garantías jurisdiccionales y de la selección y revisión de otras. Nos referiremos a las garantías jurisdiccionales que la Constitución consagra más adelante.

La Corte Constitucional realiza control previo de constitucionalidad solamente en ciertos supuestos muy limitados.

Tres de estos supuestos están previstos en el artículo 438 de la Constitución. El primero es el control constitucional de los tratados

internacionales: los tratados internacionales, previamente a su ratificación por el presidente serán puestos en conocimiento de la Corte Constitucional, que resolverá si requieren o no aprobación legislativa²² a la luz de las causales taxativas del artículo 419 de la Constitución. Únicamente sobre aquellos tratados que requieran aprobación legislativa, la Corte Constitucional realizará un control automático de constitucionalidad. Los tratados internacionales que no requieren aprobación legislativa no están sujetos a control previo de constitucionalidad.

El segundo supuesto es el control de constitucionalidad de las convocatorias a consultas populares. Según el artículo 104 de la Constitución, en todos los casos de consulta popular se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.

El tercer supuesto de control previo tiene lugar cuando el presidente veta un proyecto de ley aprobado por la Asamblea Nacional por motivos de inconstitucionalidad. En dicho caso los artículos 138 y 139 de la Constitución establecen que la Corte Constitucional deberá emitir un dictamen de constitucionalidad. Si el dictamen confirmara la inconstitucionalidad total del proyecto, este será archivado, y si la inconstitucionalidad fuera parcial, la Asamblea Nacional realizará las enmiendas necesarias. Si la Corte Constitucional dictamina que no hay inconstitucionalidad, la Asamblea Nacional promulgará el proyecto de ley y ordenará su publicación.

Otro supuesto de control previo de constitucionalidad, previsto en los artículos 245 y 246 de la Constitución, es el dictamen previo y vinculante del proyecto de estatuto para la conformación de regiones autónomas entre dos o más provincias con continuidad territorial y sus correspondientes reformas.

En los demás casos, el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional es un control *ex post* que, por lo general se activa a petición de parte. El principal mecanismo es la acción pública de inconstitucionalidad, que procede tanto en contra de actos normativos como de

.....
22 Art. 107, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), 2009.

actos administrativos con efectos generales y se caracteriza por su amplia legitimación activa, que permite que sea presentada por cualquier persona, incluso sin el patrocinio de un profesional del Derecho. Sin embargo, existen también supuestos en los que la Corte ejerce control posterior de oficio, como ocurre en el caso de las declaratorias de estado de excepción y las medidas que se tomen en el marco de las mismas.

De las normas citadas anteriormente se infiere que la Constitución de 2008 contempla una gran cantidad de mecanismos de control de la supremacía constitucional. Adicionalmente, resulta evidente que la Constitución ofrece un diseño constitucional garantista que incluye, además de garantías institucionales y de políticas públicas, garantías jurisdiccionales amplias. Semejante previsión es coherente con la gran cantidad de derechos que consagra la Constitución y con la necesidad de que existan mecanismos para hacerlos efectivos.

Con respecto a las garantías jurisdiccionales, la Constitución de 2008 mantuvo aquellas que estaban ya consagradas en la Constitución de 1998 –las acciones de hábeas corpus, hábeas data y la acción de amparo, ahora denominada «acción de protección»– y añadió ciertas garantías adicionales como la acción por incumplimiento, la acción de acceso a la información pública y la acción extraordinaria de protección. A estas garantías nos referiremos más adelante. Sin embargo, consideramos importante subrayar que la Constitución consagra un sistema en el que todos los jueces ordinarios ejercen jurisdicción constitucional cuando conocen procesos de garantías jurisdiccionales de derechos constitucionales. Sin duda, este diseño permite un mayor y más rápido acceso a estas garantías. No obstante, no vino acompañado de un proceso adecuado de capacitación de los jueces, circunstancia que provocó, al menos en los primeros años, que las garantías jurisdiccionales fueran conocidas por jueces especializados en sectores distintos al Derecho constitucional que no tenían un conocimiento suficiente de los principios que rigen la justicia constitucional. En este sentido, si bien se amplió el acceso a la justicia constitucional, el efecto inicial fue perjudicial para la adecuada tutela de los derechos.

También nos parece importante comentar las amplias facultades que la Constitución otorga a la Corte Constitucional. La Corte Constitucional nació con la Constitución de 2008 y reemplazó al antiguo Tribunal Constitucional. Esta Constitución otorga a la Corte Constitucional un rol fundamental dentro del Estado constitucional y, como consecuencia de ello, le atribuye amplísimas facultades. Las facultades de la Corte Constitucional no se limitan al control de constitucionalidad de ciertos actos del poder público. Como se explicó anteriormente, la Corte Constitucional tiene a su cargo tanto el control concreto y abstracto de constitucionalidad como otras formas específicas de control constitucional –entre otras, el control de las declaratorias de estados de excepción, las convocatorias a consultas populares–. Además, la Corte también está a cargo del conocimiento directo de ciertas garantías jurisdiccionales –la acción extraordinaria de protección y la acción por incumplimiento– y de la selección y revisión de todas las decisiones dictadas por los jueces ordinarios en procesos de garantías jurisdiccionales –las acciones de protección, de hábeas corpus, de acceso a la información pública, de hábeas data, por incumplimiento y extraordinaria de protección–. La Corte incluso ostenta algunas facultades políticas como la calificación del abandono del Presidente, la causal de disolución de la Asamblea Nacional o de destitución del presidente, o la resolución de conflictos de competencias entre autoridades, entre otras.

Nos interesa profundizar en la antes citada acción extraordinaria de protección, que fue creada por la Constitución de 2008 como un amparo contra decisiones jurisdiccionales que vulneren derechos. Concebida en el diseño constitucional como extraordinaria, en la práctica esta acción se ha desnaturalizado a tal punto que ocupa el mayor porcentaje de carga procesal de la Corte Constitucional, lo que convierte a la Corte en una nueva instancia tanto de los procesos ordinarios como de aquellos que se originan en garantías jurisdiccionales. La carga procesal que esta acción supuestamente extraordinaria genera en la Corte ha impedido que esta pueda centrar su atención en temas con relevancia constitucional, toda vez que debe responder a los cientos de demandas que recibe cada mes

en las que se alega vulneración de derechos constitucionales por parte de los jueces de la justicia ordinaria.

Desde una perspectiva democrática, podría considerarse que las facultades de la Corte Constitucional son excesivas. Algunas de las facultades de la Corte Constitucional son de tal impacto que, idealmente, deberían ser ejercidas por un órgano representativo²³. El exceso de facultades otorgadas a la Corte Constitucional no solo resulta negativo desde una perspectiva democrática, sino también desde una óptica práctica. La cantidad de facultades atribuidas a la Corte Constitucional, sumada al hecho de que en la práctica la Corte se ha convertido en una instancia adicional de la justicia ordinaria a través de la acción extraordinaria de protección, impiden que la Corte reserve su actuación a aquellas causas que exigen la intervención de la justicia constitucional.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

El artículo 11 de la Constitución establece la doctrina sobre los principios que rigen la aplicación de los derechos, que pueden resumirse del siguiente modo:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra dis-

.....
 23 A manera de ejemplo, la facultad de interpretación constitucional o de dirimir conflictos de competencia entre las funciones del Estado o los órganos establecidos en la Constitución.

tinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, los servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.
7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.
9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Título II de la Constitución está dedicado a los derechos. Lo conforman nueve Capítulos, de los cuales uno se refiere a los principios de aplicación de los derechos, siete reconocen distintas categorías de derechos y uno establece las responsabilidades de los ecuatorianos y las ecuatorianas. Las siete categorías de derechos contenidas en este título son las siguientes: derechos del buen vivir; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria; derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza; y derechos de protección. Los artículos 12 a 82 de la Constitución están exclusivamente consagrados a la proclamación de

derechos, sin perjuicio de que existen muchos otros derechos dispersos a lo largo de los 444 artículos del texto constitucional.

El artículo 35 de la Constitución establece que las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, de maltrato infantil y de desastres naturales o antropogénicos.

El Capítulo tercero del Título II de la Constitución contiene disposiciones específicas relativas a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Este Capítulo está compuesto por nueve secciones que incluyen disposiciones específicas respecto a los derechos y garantías de los que gozarán: 1) las adultas y adultos mayores; 2) los jóvenes; 3) las personas en movilidad humana; 4) las mujeres embarazadas; 5) las niñas, niños y adolescentes; 6) las personas con discapacidad; 7) las personas con enfermedades catastróficas; 8) las personas privadas de libertad; y, 9) las personas usuarias y consumidoras.

Varios artículos de la Constitución se refieren a los tratados y a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 10 establece que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Similarmente, el artículo 3, numeral 1, dispone que es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. En este mismo sentido, el artículo 11, numeral 3, establece como un principio del ejercicio de los derechos la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

El artículo 425 de la Constitución determina que el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: la Constitución; los tratados

y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. No obstante, el artículo 424 aclara que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

El Título III de la Constitución regula las garantías constitucionales. En sus tres Capítulos desarrolla tres grandes categorías de garantías: 1) garantías normativas; 2) garantías relativas a las políticas públicas, los servicios públicos y la participación ciudadana; y, 3) garantías jurisdiccionales.

En su único artículo²⁴, el Capítulo que consagra las garantías normativas establece que «la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades».

De manera similar, en su único artículo²⁵, el Capítulo dedicado las políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana establece una serie de disposiciones que regirán la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas y los servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución.

El Capítulo tercero consagra seis garantías jurisdiccionales: las acciones de protección, de hábeas corpus, de acceso a la información pública, de hábeas data, por incumplimiento y extraordinaria de protección.

De acuerdo con el artículo 88 de la norma suprema, la acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y puede interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales por actos y también por omisiones

.....
24 Art. 84. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

25 Art. 85. Constitución de la República del Ecuador, 2008.

de cualquier autoridad pública no judicial. También puede presentarse contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; o cuando la violación proceda de una persona particular si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

El artículo 89 dispone que la acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Conforme al artículo 91, la acción de acceso a la información pública tiene por objeto garantizar el acceso a la misma cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna.

De acuerdo con el artículo 92, la acción de hábeas data puede ser interpuesta por toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, con la finalidad de conocer de la existencia y acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. La acción de hábeas data también permite proteger el derecho a conocer el uso que se haga de la información o los datos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos. Así, esta acción protege de manera general el derecho a la autodeterminación informativa.

De acuerdo con el artículo 93, la acción por incumplimiento tiene un doble objeto. Por un lado, garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, y, por otro, garantizar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. En ambos casos, la acción procede solo cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.

Finalmente, conforme al artículo 94, la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que las autoridades judiciales hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se presenta ante la Corte Constitucional.

Cabe anotar que, según el artículo 87, podrán ordenarse medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

Sin duda, la enorme receptividad de la Constitución respecto a los tratados e instrumentos internacionales ha permitido su invocación y aplicación directa en la resolución de casos por la justicia constitucional en pro de la protección más amplia y favorable de los derechos. A esto se suma que la propia Corte Constitucional ha reconocido su obligación de realizar un control de convencionalidad en sus actuaciones²⁶, a tal punto que los derechos y las garantías reconocidos no solo en los tratados, sino también en la interpretación autorizada que de esos instrumentos han realizado organismos como la Corte Interamericana, incluso a través de las Opiniones Consultivas, forman parte del bloque de constitucionalidad, tienen la misma jerarquía normativa constitucional y son directa e inmediatamente aplicables en el sistema jurídico ecuatoriano.

Esta receptividad hacia el Derecho internacional de los derechos humanos ha permitido que las Cortes realicen una interpretación evolutiva y pro persona con el fin de lograr transformaciones sociales en el país, como sucedió con la reciente aprobación del matrimonio igualitario –a pesar de que la Constitución había incluido la definición de matrimonio como aquel que se celebra entre hombre y mujer–. Sin duda, la aprobación del matrimonio igualitario no habría sido posible si no hubiera sido por la receptividad del texto constitucional hacia el Derecho internacional de

.....
26 Ver, por ejemplo: sentencia No. 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019; sentencia No. 904-12-JP/19 de 13 de diciembre de 2019; dictamen No. 2-20-EE/20 de 22 de mayo de 2020; sentencia No. 3-19-JP/20 de 20 de agosto de 2020; sentencia No. 108-14-EP/20 de 9 de junio de 2020; sentencia No. 207-11-JH/20 de 22 de julio de 2020.

los derechos humanos como fuente de Derecho. Sin embargo, esta interpretación no ha sido pacífica, debido a que los derechos fueron incluidos en el texto constitucional por la vía reglamentaria.

Y es que, si bien la proliferación y ampliación del catálogo de derechos reconocidos en la Constitución refleja la amplia participación ciudadana que caracterizó al proceso constituyente en Montecristi, también ha sido objeto de críticas debido a que la Constitución reconoce varios derechos que se encuentran en aparente tensión, y lo hace con un lenguaje reglamentario que ha generado en la ciudadanía y en los administradores de justicia la falsa percepción de que los derechos que no están reconocidos literalmente en la Constitución no existen. Así, una redacción menos detallada y más principalista de los derechos constitucionales permitiría una interpretación evolutiva y *pro homine* de la Constitución, mientras que esta redacción reglamentaria de los derechos se inclina hacia una interpretación literal, que es ajena a la interpretación constitucional. En cierto modo, en el proceso constituyente «todos ganaron», dado que lograron que sus reivindicaciones fueran reconocidas y recogidas en el texto constitucional. No obstante, ese proceso omitió una segunda etapa en la que debió realizarse un esfuerzo de conciliación entre las distintas normas de carácter reglamentario incluidas en la Constitución y orientadas a la protección de los derechos.

Algo similar puede decirse del artículo 11.2, referido a las categorías prohibidas de discriminación, que establece expresamente que el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. Si bien constituye una reivindicación importante para muchos grupos desaventajados tanto el hecho de que se les haya incluido entre aquellos cuya discriminación se cataloga como prohibida como la exigencia de un escrutinio más estricto al momento de juzgar cualquier diferenciación no razonable en su contra, también puede decirse que cuantas más categorías se elevan al nivel de categorías prohibidas de discriminación, menos diferenciada será la protección que reciban los grupos tradicionalmente excluidos.

Por otro lado, cabe subrayar que la estructura de la consagración de derechos en siete categorías contenida en la Constitución es particular. Se inicia con un Capítulo referido a los derechos del buen vivir que incluye los derechos al agua, la alimentación, el ambiente saludable, la cultura, la ciencia, la educación, el hábitat, la vivienda, la salud, el trabajo y la seguridad social. Como se observa, este Capítulo agrupa a gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales y, a su vez, incluye otros derechos como el derecho a la comunicación y a la información. El siguiente Capítulo se contiene los derechos de las personas y los grupos que merecen atención prioritaria, e incluye disposiciones sobre los derechos de las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las personas privadas de libertad y los que adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, entre otras. Un Capítulo separado incluye los derechos reconocidos a las comunidades, pueblos y nacionalidades de forma colectiva. Otro Capítulo está dedicado a los derechos de participación. Solo entonces hay un Capítulo referido a la protección de los derechos de libertad, al que sigue un Capítulo sobre los derechos de la naturaleza y los derechos de protección.

Finalmente, también debe destacarse como un elemento positivo la ampliación del objeto de la acción de protección como mecanismo de tutela de derechos humanos. A diferencia del amparo, previsto en la Constitución de 1998, la acción de protección puede presentarse contra personas naturales y jurídicas privadas no solo cuando estén prestando servicios públicos, sino también en otras circunstancias; por ejemplo, cuando sus acciones causen un daño grave o en casos de discriminación. Este cambio forma parte del reconocimiento de la transversalidad de los derechos y de las obligaciones que generan también para los actores privados, sean empresas o incluso personas naturales, particularmente cuando detrás de ellas existe un poder social, económico, religioso o de otra índole.

■ ESTADOS UNIDOS

Jorge Contesse Singh*

El presente estudio propone una revisión de las características básicas del modelo constitucional de Estados Unidos y un análisis de algunas de sus ventajas y desafíos. La principal característica de la Constitución de los Estados Unidos es que fue adoptada hace más de doscientos años, por medio de una Convención Constitucional reunida en Filadelfia, en 1787, a la que siguió la adición de una serie de reformas (llamadas «enmiendas») que han ido expandiendo el texto de la Constitución para reconocer derechos fundamentales y atribuciones de los estados que forman la Unión. Otro rasgo distintivo del modelo constitucional de los Estados Unidos consiste en que los cambios constitucionales más importantes han venido de la mano de la interpretación judicial realizada por la Corte Suprema. La Constitución es un texto breve que se adapta a los cambios políticos, sociales, económicos y culturales precisamente a través de la interpretación judicial y no mediante reformas constitucionales (o, aún más, la promulgación de nuevas constituciones, como suele ocurrir en otros países).

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

Los Estados Unidos de América es un Estado federal, compuesto por cincuenta estados, varios territorios y un distrito, Washington D.C., que

.....
* Profesor Asociado, Rutgers Law School, Estados Unidos; Profesor Adjunto, Universidad Diego Portales, Chile. Agradezco la colaboración de Reggie Dickhoff y Manuela Tironi en la elaboración de este trabajo.

es también su capital. Salvo el carácter federal, que en Estados Unidos es la piedra angular de todo el sistema jurídico, la Constitución no define una forma específica de Estado. Sus normas y regulaciones, sin embargo, estatuyen una «forma republicana de autogobierno».¹ Además, la Constitución federal garantiza a los estados el aseguramiento de sus formas republicanas de gobierno en la denominada «cláusula de garantía» (art. IV, sección cuarta), que también contempla otras formas en que el gobierno federal asegura protección a los estados.

En el sistema federal de gobierno, un mismo territorio está controlado por dos (o más) niveles de gobierno. En el caso de los Estados Unidos, existe, por una parte, un Gobierno nacional general (conocido como «Gobierno *federal*»), que es el responsable de la administración más amplia de áreas territoriales y goza de poderes conferidos por la Constitución, y, por otra parte, subdivisiones más pequeñas del mismo territorio, que corresponden a los (cincuenta) estados. Así, por ejemplo, el estado de Nueva York tiene como capital la ciudad de Albany; o en el caso de California, su capital es Sacramento; y así sucede en los cincuenta estados que conforman la Unión.

El modo en que el Gobierno federal y estas subdivisiones más pequeñas interactúan entre sí es determinante a la hora de comprender la arquitectura institucional del país. El Gobierno federal retiene determinadas prerrogativas y confía a los estados la regulación de sus asuntos económicos, sociales, jurídicos y políticos. Es lo que en el derecho constitucional de los Estados Unidos se conoce como «doctrina del federalismo». En esta teoría de división del poder irradia la práctica constitucional de los tribunales, que deben determinar qué poderes corresponden al Gobierno central y cuáles son reservados a los estados. Dado que el Gobierno y los estados pueden entrar ocasionalmente en conflicto, Estados Unidos contempla un sistema conocido como de «doble soberanía» bajo el cual se resuelven estas discrepancias institucionales y en cuya virtud los

.....
 1 FLETCHER, G. P y S. SHEPPARD (2005): *American Law in a Global Context*, Oxford: Oxford University Press, p. 107.

estados ceden muchos de sus poderes al Gobierno federal, pero también conservan cierta soberanía.

La Constitución dispone que las decisiones del Gobierno federal son «la ley suprema del país», y ello significa que, cuando las leyes estatales y federales entran en conflicto, la ley federal prevalece sobre la ley estatal en virtud de la llamada «cláusula de supremacía»². Por su parte, el artículo I, sección 8 de la Constitución establece las atribuciones específicas y enumeradas que pertenecen *únicamente* al Gobierno federal, entre las que se incluyen el establecimiento de impuestos; la petición de préstamos de dinero en nombre del país; la regulación del comercio dentro del país (es decir, entre los estados) y con naciones extranjeras; la fijación de una regla uniforme para la naturalización de ciudadanos; la acuñación y regulación del valor de la moneda; la estipulación de penas por falsificación de dinero; el establecimiento de oficinas de correos y de carreteras; la promoción del progreso de la ciencia y el arte; el castigo de los delitos contra el derecho de las naciones (incluida la piratería); la declaración la guerra; la creación, organización y regulación de la milicia (incluido el Ejército y la Marina); y el dictado de todas las leyes que sean «necesarias y adecuadas para el gobierno de la nación».

La Décima Enmienda a la Constitución, adoptada en 1791, atribuye a los estados algunos poderes que no han sido delegados al Gobierno federal –apropiadamente definidos como «poderes reservados», poderes que incluyen la creación de sistemas escolares; la supervisión de los tribunales estatales; la creación de sistemas de seguridad pública; la gestión de los negocios y el comercio dentro del estado; y la gestión del gobierno local. El Gobierno federal y los estados también comparten algunas competencias, entre ellas las facultades de establecer impuestos, construir carreteras y crear tribunales inferiores de justicia.

.....

2 Esta norma también dispone que los tratados internacionales ratificados por los Estados Unidos forman parte de la ley suprema del país, lo que demuestra que los llamados «padres fundadores» (el grupo de juristas e intelectuales que elaboró la Constitución) entendía la importancia del Derecho de las naciones o, como se denomina modernamente, el Derecho internacional.

En relación con la ciudadanía y nacionalidad, la Decimocuarta Enmienda establece que las personas nacidas en los Estados Unidos –o en cualquiera de sus territorios, incluyendo Puerto Rico, Guam y las Islas Vírgenes– son ciudadanas. Se trata de una manifestación del principio de *ius solis*. También es ciudadano quien haya nacido en otro país y al menos uno de sus padres sea ciudadano/a estadounidense (aplicación del principio *ius sanguinis*). En el caso de los nacionales de otro país, se permite la adopción de la ciudadanía estadounidense a través del proceso denominado «naturalización»³.

Tras obtener la ciudadanía (o la nacionalidad), la persona adquiere una serie de derechos, a comenzar por el derecho a la nacionalidad (estadounidense), que a su vez asegura el derecho a poseer documentos norteamericanos (pasaporte y carta de identidad), los derechos políticos (de sufragio activo y pasivo en cargos federales), el derecho a beneficios y prestaciones sociales administradas por el Gobierno federal, –por ejemplo, la seguridad social– y el derecho a ser jurado en casos civiles o penales⁴.

Estos derechos no estaban originalmente reconocidos a todas las personas. Tras el fin de la Guerra Civil, en la segunda mitad del siglo diecinueve, y la adopción de las Enmiendas 14^a y 15^a, la Constitución aseguró el derecho a la nacionalidad a todas las personas nacidas en los Estados

.....

3 Una persona también puede tener una «ciudadanía derivada» en dos casos: (a) si nació en el extranjero y al menos uno de sus padres biológicos es ciudadano nacido en los Estados Unidos en el momento de su nacimiento y vivió en los Estados Unidos en cualquier momento antes de su nacimiento; o (b) si nació en el extranjero y ambos padres se naturalizaron como ciudadanos estadounidenses antes de que cumpliera los 18 años.

4 A pesar de las cláusulas de nacionalidad y ciudadanía, y de la prohibición de discriminación racial en la selección de jurados decretada por la Corte Suprema en 1880 (en el caso *Strauder vs. West Virginia*), numerosos estudios indican que las personas «afroamericanas» o «afrodescendientes» han sido histórica y sistemáticamente excluidas de los jurados, especialmente en casos en que la fiscalía busca la aplicación de la pena de muerte para un imputado. Véase HOAG, A. (2020): «An Unbroken Thread: African American Exclusion from Jury Service, Past and Present», *Louisiana Law Review*, vol. 86, pp. 55-79; Id. (2010): «Equal Justice Initiative, Illegal Racial Discrimination in Jury Selection: A Continuing Legacy», junio.

Unidos, y el derecho de voto a todos *los hombres*, con independencia de su raza, color y condición de exesclavos. En 1920, con la adopción de la 19ª Enmienda, la Constitución reconoció a *todas las personas* –incluyendo las mujeres– el derecho a voto.

En Estados Unidos, existen diversos pueblos indígenas (conocidos como *Native Americans*). Actualmente, 573 naciones tribales soberanas tienen una relación formal de nación a nación con el Gobierno de los Estados Unidos. Estos gobiernos se definen legalmente como «tribus reconocidas federalmente», 229 de las cuales se encuentran en Alaska y el resto en otros treinta y cinco estados. La Constitución de los Estados Unidos reconoce a estas naciones como entidades soberanas y autogobernadas, lo que significa que mantienen la facultad de establecer sus propias estructuras de gobierno, aprobar leyes y hacerlas cumplir a través de los departamentos de policía y tribunales tribales. También gestionan programas sociales y ofrecen servicios, incluyendo servicios de primeros auxilios, educación, desarrollo de la fuerza de trabajo, y administración de energía y de la tierra. Asimismo, pueden construir y mantener diversos tipos de infraestructuras, incluyendo carreteras, puentes y edificios públicos. Aunque el autogobierno tribal ha avanzado gracias a la cooperación entre las tribus y el Estado, todavía existen obstáculos –entre ellos los procesos burocráticos anticuados, la falta de coordinación de los organismos federales y las regulaciones– que impiden que los gobiernos tribales accedan de manera equitativa a los programas federales en términos de igualdad con los gobiernos estatales y locales.

La Constitución de los Estados Unidos reconoce específicamente la soberanía de los indígenas, en su artículo I, sección 2, cláusula 3, que establece que los impuestos se repartirán entre los Estados, «excluyendo a los indios no gravados». Por su parte, el artículo I, sección 8 atribuye al Congreso la facultad de regular el comercio con las tribus indígenas, reconociendo así que estas están separadas del Gobierno federal, los estados y las naciones extranjeras. Entre 1823 y 1832, tres decisiones de la Corte Suprema –conocidas como la «trilogía Marshall» por el nombre del célebre juez que presidía la Corte en aquel entonces– afirmó la

posición jurídica y política de las naciones indígenas. En *Johnson vs. M'Intosh*, la Corte sostuvo que las personas naturales no indígenas no podían comprar tierras de los indios americanos. En *Cherokee Nation vs. Georgia*, consideró que la nación cherokee era «dependiente» y que su relación con los Estados Unidos era similar a la de un «pupilo con su tutor» en virtud del artículo 3, sección 8. En *Worcester vs. Georgia*, la Corte consideró la relación entre las tribus y los estados y el Gobierno federal y afirmó que el Gobierno federal era la única autoridad legitimada para tratar con las naciones indígenas, lo que implicaba que ningún estado podía volver a trazar las líneas fronterizas negociadas por tratado entre el Congreso y las tribus.

Después de estos tres casos, el Congreso dictó la Ley de Asignaciones Indígenas de 1871, que declaró que los nativos americanos ya no se consideraban miembros de «naciones soberanas» y que el Gobierno de los Estados Unidos ya no podía celebrar tratados con ellos. Esto provocó que los nativos americanos se convirtieran en una suerte de pupilos del Gobierno de los Estados Unidos y allanó el camino para la aprobación de otras leyes que concedieron al Gobierno federal cada vez mayor poder sobre las tierras y la vida de los pueblos indígenas, proceso que culminó con la Ley Curtis, que eliminó la soberanía indígena e invalidó muchas de las obligaciones contraídas en tratados anteriores.

La Ley de Reorganización Indígena de 1934 también reforzó la idea de la soberanía tribal al permitir a las naciones indígenas seleccionar de un catálogo de documentos constitucionales que enumeraban las facultades de las tribus y los poderes tribales. Estos desarrollos legislativos y jurisprudenciales reafirmaron la jurisdicción tribal y dieron lugar a la creación del Tribunal de Delitos Indios para las tribus de la zona de Anadarko, que actualmente se conocen como «tribus de la región de las llanuras meridionales». Después de la creación de este tribunal, se establecieron en todo el territorio de los Estados Unidos los Tribunales de Asuntos Indígenas en virtud del Código de Reglamentos Federales (CFR). Hasta que una tribu no establezca su propio tribunal tribal, uno de estos tribunales del CFR actúa como el sistema judicial de la tribu.

En 1924, el Congreso aprobó la Ley de Ciudadanía Indígena. Antes del dictado de esta ley, la ciudadanía se limitaba a los indios americanos de la mitad o menos de sangre nativa americana, condición que se había extendido lentamente a las mujeres indígenas casadas con ciudadanos estadounidenses, y posteriormente a los veteranos indígenas de la Primera Guerra Mundial. Con la Ley de Ciudadanía India, el estatus de ciudadanía se amplió a todos los indígenas americanos. Esto supuso que ya no hubiera «indígenas exentos de impuestos» y que, por tanto, todos los nativos americanos tuvieran los deberes y cargas que impone la ciudadanía estadounidense; pero, respecto a los privilegios o derechos que confiere la ciudadanía, estos se regirían por la ley estatal, no federal, lo que provocó que determinados derechos fundamentales, como el derecho a voto, fueran a menudo negados a los indígenas.

La jurisprudencia constitucional en esta materia sigue cambiando hasta el día de hoy, a veces de manera considerable. En 2020, por ejemplo, la Corte Suprema dispuso en el caso *McGirt vs. Oklahoma* que una parte significativa del estado de Oklahoma (casi ocho millones de hectáreas) está sujeta a la jurisdicción de la tribu Muscogee (Creek), tal como lo dispuso un tratado celebrado por los Estados Unidos con los pueblos indígenas en 1866. De este modo, es la tribu (o el Gobierno federal, pero no el estatal) quien puede, por ejemplo, conocer de los delitos cometidos por (o en contra de) los indígenas. Este fallo podría generar una expansión de los derechos de los pueblos o naciones indígenas; en este sentido, la manera en que estas naciones interactúan con el Estado federal sigue sin estar definitivamente determinada.

2. Modelo económico

La Constitución de los Estados Unidos no define propiamente un modelo económico específico, aun cuando sí contiene directrices sobre cómo debe funcionar el sistema económico de mercado en el que se funda. Es importante anotar que la propia elaboración de la Constitución en 1787 tuvo, entre otras causas, los problemas que generaban los artículos de la Confederación (1777-1788) para financiar el Gobierno central. De acuerdo

con estos artículos, era necesaria la unanimidad de los trece estados para establecer impuestos federales, lo que provocaba una suerte de parálisis fiscal, pues bastaba que un estado se opusiera para que el Gobierno central no pudiera cobrar impuestos y sufriera una importante merma de ingresos. Por otro lado, los artículos de la Confederación no contemplaban mecanismos para hacer exigibles los pagos que los estados debían al Gobierno central; ello fue una preocupación central para los redactores de la Constitución y determinó los poderes y atribuciones que se otorgaron al Gobierno federal en esta materia. En efecto, a comienzos del siglo veinte, Charles Beard acuñó la idea de una «interpretación económica» de la Constitución argumentando que la adopción del texto constitucional fue, en realidad, el resultado de un enfrentamiento entre bandos que tenían ante todo intereses *económicos* antagónicos.⁵

Otros especialistas han indicado que los cambios más relevantes introducidos por la Constitución son «aquellos que fortalecieron el marco de protección de la propiedad privada y la exigibilidad de las obligaciones contractuales», materias clave para el funcionamiento de una economía de mercado⁶. Entre estas innovaciones, destaca el artículo 1, sección 8, cláusula 3, también conocida como la «cláusula de comercio», que asigna al Congreso la facultad de establecer y recaudar impuestos y regular el comercio con naciones extranjeras, con las tribus nativas americanas y entre los estados. Esta es una de las cláusulas más importantes en el Derecho constitucional estadounidense, y ha dado origen a muchos casos que han permitido desarrollar no solo principios y normas económicas,

.....
 5 BEARD, C. A. (1913): *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York: Macmillan Publishing Company. Hay autores que, de modo más reciente, han aplicado modelos de racionalidad económica para investigar los intereses económicos y financieros de los redactores —desde la tenencia de esclavos hasta la participación en negocios—, y cómo ellos pudieron influir a la hora de elaborar la Constitución. Véase MCGUIRE, R. A. (2002): *To Form A More Perfect Union: A New Economic Interpretation of the United States Constitution*, New York: Oxford University Press.

6 WALTON, G. M. y J. F. SHEPHERD (1979): *The Economic Rise of Early America*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 178-179.

sino también, en general, la arquitectura del sistema constitucional, dado que es el instrumento a través del cual el Congreso Federal puede regular a los estados.

Otras normas constitucionales importantes que modelan la economía de los Estados Unidos son la cláusula 5 del artículo I, sección 8 –conocida como la «cláusula de acuñación»– que otorga al Congreso la facultad de acuñar dinero, regular su valor y fijar la norma de pesos y medidas; y el artículo I, sección 9, cláusula 5, también conocida como la «cláusula de exportación», que limita el amplio poder impositivo del Congreso mediante la prohibición de que se impongan impuestos o derechos a los artículos exportados de cualquier estado. Por su parte, como ya se dijo, el artículo I, sección 10 –conocido como la «cláusula de contratos»– prohíbe a los estados dictar leyes que menoscaben las obligaciones emanadas de los contratos, o impongan sus propios impuestos o gravámenes sobre las importaciones o exportaciones. Por otra parte, la cláusula 8 de esta sección otorga al Congreso el poder de promover el progreso del arte y la ciencia asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores los derechos exclusivos derivados de sus respectivos escritos y descubrimientos. De esta manera, la Constitución de los Estados Unidos establece, o al menos permite, la existencia de un modelo económico capitalista que confiere al Gobierno el derecho de regular el comercio y, a su vez, el deber de promoverlo.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema también es clave para entender el modo a través del cual la Constitución regula la economía. Tempranamente, bajo la presidencia del juez Marshall, la Corte hizo judicialmente exigibles las obligaciones contractuales asumidas por los estados (en el caso *Fletcher vs. Peck*, de 1810) y estableció –en *Dartmouth College vs. Woodward*, de 1819– que la cláusula de los contratos de la Constitución protegía a las empresas privadas de la interferencia de los estados. En uno de los casos más importantes decididos por la Corte en esta materia –*Gibbons v. Ogden*, de 1824–, la Corte determinó que la cláusula de comercio atribuye al Congreso, y no a los estados, la facultad de regular el comercio entre estos. La importancia de *Gibbons* radica en que, mediante

este fallo, se estableció de manera definitiva una verdadera zona de libre comercio en el país, dejando a los estados únicamente el poder de regular el comercio *dentro* de sus territorios, pero este arreglo desapareció con el tiempo gracias al vigor del comercio interestatal.

Hacia fines del siglo diecinueve, el Congreso adoptó la Ley de Comercio Interestatal (1887), en virtud de la cual las empresas de ferrocarriles –entonces criticadas por los precios excesivos que cobraban para el transporte de personas y bienes– se convirtieron en la primera industria en quedar sujeta a regulación federal. Aunque en general los tribunales aplicaron restrictivamente las facultades previstas en esta ley, el hecho que el Congreso decidiera regular industrias a nivel nacional fue un paso importante para que la Constitución pudiera sujetar determinadas áreas de la economía.

El siglo veinte comenzó con una de las sentencias más importantes –y, para muchos especialistas, más infame– que ha dictado la Corte Suprema: *Lochner vs. New York*. En *Lochner*, la Corte utilizó la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda para declarar inconstitucional una regulación estatal que establecía límites a la jornada de trabajo, dado que dichas limitaciones –en opinión de la mayoría– violaban la cláusula de debido proceso sustantivo, en la medida en que interferían indebida y arbitrariamente en el derecho y la libertad del individuo a celebrar contratos. El caso *Lochner* dio origen a una secuencia de decisiones que invalidaron numerosas leyes tanto estatales como federales que trataban de regular las condiciones de trabajo de los trabajadores. Hasta los años 30 la Corte no varió su jurisprudencia, y lo hizo cuando el contexto económico y social hacía imposible que la Corte no protegiera a vastos sectores de la población.

En la década posterior a la Primera Guerra Mundial, el país vivió una época de prosperidad económica conocida como los «locos años veinte» en la que tuvo lugar un significativo aumento de la producción. El gobierno quiso ayudar a las empresas nacionales aumentando los impuestos sobre productos extranjeros que ingresaban en el país mediante la imposición de aranceles, lo cual provocó que los productos importados

fueran más caros y que los estadounidenses tuvieran un incentivo positivo para comprar bienes y productos locales. Todo ello condujo a un aumento en la producción y venta de bienes producidos en Estados Unidos.

A pesar de este auge económico, la economía mantenía rasgos de inestabilidad: la distribución de la riqueza era muy desigual y cerca del 60 % de las familias estadounidenses vivían por debajo del umbral de la pobreza. La única vía económica disponible para los estadounidenses más pobres era el crédito, y el 80 % de ellos no tenían ningún ahorro. Por lo tanto, el poder adquisitivo se concentraba en los estratos superiores de la sociedad estadounidense. Ello implicaba que un vasto grupo de potenciales consumidores simplemente no consumiera y que, a pesar del compromiso de la Constitución con una economía de mercado, esta no lograba su desarrollo.

Por su parte, el sistema bancario no estaba regulado, lo que dio lugar a un aumento de la especulación y provocó grandes deudas de los corredores. Este aumento masivo de la especulación se vio exacerbado por una fe ciega en el mercado, así como por el hecho de que las regulaciones de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés: Federal Trade Commission) eran débiles. Ello se debía en parte a que los miembros de la Junta de la Comisión eran banqueros privados que anteponían sus propios intereses a los del país: el resultado fue la normalización de las quiebras de bancos durante los años 20, a pesar del auge económico. Con todos estos factores en juego, la Gran Depresión era prácticamente inevitable.

Después del golpe de la Gran Depresión, el presidente Franklin Delano Roosevelt impulsó un paquete de reformas económicas muy importantes, conocido como el «Nuevo Trato» (*New Deal*). El *New Deal* cambió fundamental y permanentemente el Gobierno federal al ampliar su tamaño y alcance, y muy especialmente su rol en la economía: Estados Unidos pasó de una economía desregulada a tener normas y regulaciones robustas en diversos ámbitos de la vida económica y social cuyos principales fundamentos jurídicos eran la cláusula de comercio y la Decimocuarta Enmienda. Una de las primeras medidas que adoptó

Roosevelt como parte de su *New Deal* fue declarar un feriado bancario de cuatro días para evitar que la gente retirara su dinero de los bancos turbios. Tras la adopción de esta medida, el Congreso aprobó la Ley de Emergencia Bancaria, que reorganizó los bancos y cerró aquellos que eran insolventes para que posteriormente el presidente instara a los estadounidenses a depositar sus ahorros nuevamente en los bancos, lo que motivó la reapertura y la reactivación de tres cuartas partes de los bancos en todo el país.

Más allá de sus reformas económicas, Roosevelt también puso fin a la prohibición de comercialización del alcohol, permitiendo así que el producto de su venta –por vía de impuestos– retornara a la economía formal, tal como numerosos estados –pero no el Gobierno federal– han hecho en los últimos años con el cannabis. Roosevelt también firmó leyes como la Ley de la Autoridad del Valle de Tennessee, que permitió al Gobierno construir presas a lo largo del río Tennessee con el fin de controlar las inundaciones y generar energía hidroeléctrica barata para promover la agricultura. En esa misma época, el Congreso aprobó una ley que concedió recursos económicos a los agricultores de productos básicos a cambio de que dejaran sus campos en barbecho: el objetivo era poner fin a los excedentes agrícolas y así aumentar las ventas.

Cuando sus esfuerzos iniciales no lograron terminar con la Gran Depresión, Roosevelt lanzó un Segundo *New Deal*, consistente en una serie de programas sociales federales más agresivos, entre los cuales se incluía la Administración de Progreso de Obras (WPA), creada para proveer trabajos a personas desempleadas, dar trabajo a artistas, y construir oficinas de correos, puentes, escuelas, carreteras y parques. En esa época el Congreso aprobó la Ley Nacional de Relaciones Laborales, que creó la Junta Nacional de Relaciones Laborales –encargada de supervisar las elecciones sindicales y asegurar que las empresas no trataran arbitraria e injustamente a sus trabajadores– y la Ley de Seguridad Social de 1935, que garantizó pensiones y seguro de desempleo a millones de estadounidenses. En síntesis, el *New Deal* amplió los poderes del Estado y permitió su intervención en algunas áreas de la economía,

configurando un modelo económico que generó una mayor movilidad ascendente y mejoró la protección social de las personas socioeconómicamente desaventajadas.

3. Modelo político y sistema de gobierno

Estados Unidos es un régimen presidencialista con poderes ejecutivo, legislativo y judicial, poderes que actúan e interactúan entre sí y con otras agencias autónomas que, no obstante, forman parte del ejecutivo.

El ejecutivo está encabezado por el presidente, que es elegido o elegida (hasta ahora, el cargo ha sido ocupado solo por hombres) para un periodo de cuatro años, y que, de acuerdo con lo dispuesto en la Vigésimosegunda Enmienda, solo puede ser reelegido una vez. Para ser presidente hay que tener al menos 35 años y ser ciudadano. El presidente es elegido de manera indirecta por un Colegio Electoral que asigna un cierto número de delegados por cada estado, dependiendo del tamaño de los estados y de las distintas reglas de elección de dichos delegados (que varían entre estados). Por tanto, los delegados electorales son los que, en definitiva, eligen al presidente.

El presidente actúa como jefe de Estado y tiene como funciones principales negociar tratados con otros países, actuar como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas, designar autoridades, empezando por los miembros de su gabinete, así como jueces (federales) y embajadores. A pesar de que Estados Unidos es un régimen presidencial, el Congreso debe aprobar los nombramientos de quienes integrarán el gabinete presidencial y permanecerán en sus cargos mientras cuenten con la confianza del presidente.

El poder ejecutivo está además integrado por agencias regulatorias autónomas, como la Reserva Federal y la Comisión de Valores e Intercambio (Securities and Exchange Commission), que están presididas por comisionados nombrados por el presidente, pero que deben ser confirmados por el Senado. Asimismo, bajo la tutela del ejecutivo existen una serie de empresas estatales como la Oficina Postal de los Estados Unidos o la Compañía Nacional de Pasajeros de Ferrocarriles (Amtrak).

El Congreso federal está dividido en dos Cámaras: la Cámara de Representantes y el Senado. El propósito de dividir el Congreso en dos Cámaras era equilibrar los intereses de los estados pequeños y los estados grandes. Aunque comparten responsabilidades legislativas, cada Cámara también tiene deberes y poderes constitucionales especiales.

Cámara de Representantes

La Constitución atribuye a la Cámara de Representantes la facultad de elaborar y aprobar leyes federales. El número de representantes con derecho a voto en la Cámara se fija en no más de 435, que representan proporcionalmente a la población de los cincuenta estados. Sin embargo, no se trata de una representación igualitaria, ya que la representación de cada estado depende su población. Para ser congresista (o «diputado/a») se requiere tener como mínimo 25 años; su mandato dura dos años y sirven a la población de un distrito congresional específico. Además de los 50 estados, hay también delegados que representan a Washington D.C., las Islas Vírgenes, Guam, Samoa Americana y el Commonwealth de las Islas Marinas del Norte. Además, Puerto Rico está representado por un comisionado residente. Los delegados y el comisionado residente tienen las mismas facultades que los demás miembros de la Cámara de Representantes, pero no pueden votar cuando esta se reúne.

El liderazgo de la Cámara incluye a su presidente, a los líderes (que actúan como portavoces) de la mayoría y de la minoría (dependiendo de quién ejerce como cabeza del poder ejecutivo), a los líderes (o portavoces) asistentes, a los coordinadores, y a un *caucus* o conferencia del partido⁷. El presidente actúa como líder de la Cámara y combina varios roles institucionales y administrativos, entre los que destacan el papel institucional de presidente y el de jefe administrativo de la Cámara. El presidente también actúa como líder del partido mayoritario de la Cámara y es responsable de asegurar que esta apruebe la legislación apoyada por el partido

.....

7 Se entiende por *caucus* el sistema de elección de delegados en varios estados de Estados Unidos durante la etapa primaria o preliminar, en la que cada partido decide quién recibirá la nominación de su partido a la presidencia.

mayoritario. En la consecución de este objetivo, el presidente de la Cámara puede utilizar su poder para determinar cuándo llega al pleno de la Cámara cada proyecto de ley; también preside el comité de dirección del partido mayoritario en la Cámara y desempeña su papel representativo como miembro electo de la Cámara. El líder de la mayoría se encarga de poner en tabla los proyectos de ley para su consideración en el pleno, preparar las agendas legislativas, consultar con los miembros de la Cámara para evaluar la posición del partido y, en general, trabajar para avanzar en los objetivos del partido mayoritario. El líder de la minoría sirve como líder de la «oposición leal». Aunque muchas de las responsabilidades básicas de liderazgo de los líderes de la minoría y de la mayoría son similares, el líder de la minoría habla en nombre del partido minoritario y sus políticas, y trabaja para proteger los derechos y atribuciones de esta.

Senado

La Constitución estableció un Senado para otorgar igual poder y autonomía a todos los estados, grandes o pequeños, y atemperar el ímpetu de la Cámara de Representantes. A diferencia de la Cámara de Representantes, que elige a sus miembros en proporción a la población de cada estado, en el caso del Senado cada uno de los cincuenta estados elige dos miembros con independencia de su tamaño y población. Es más, hasta 1913 –año en que se adoptó la Enmienda 17ª–, eran las asambleas legislativas estatales –no los ciudadanos– las que elegían a sus representantes en el Senado del Congreso federal. Los senadores y las senadoras se eligen por períodos tres veces más largos que los miembros de la Cámara. Esta previsión pretende generar estabilidad institucional frente a lo que, ya en los orígenes, se preveía que podía ser una Cámara –la de Representantes– especialmente susceptible a los vaivenes políticos de los estados.

Al elaborar la Constitución, los redactores entendían, por tanto, que la Cámara Alta, es decir, el Senado, era el lugar de representación de *los estados*, mientras que la Cámara Baja era el lugar de representación del pueblo propiamente dicho. El Senado, pensaban los llamados «padres fundadores», atemperaría las pasiones de la Cámara de Representantes,

que tendría un contacto mucho más directo y estrecho con sus electores. En palabras de un delegado a la Convención Constitucional que elaboró la Constitución a fines del siglo dieciocho, el Senado «sujetaría en lo posible la furia de la democracia»⁸. O, como observó James Madison en *El Federalista No. 62*, «la propensión de todas las asambleas numerosas, cuando son únicas, a obrar bajo el impulso de pasiones súbitas y violentas, y a dejarse seducir por líderes facciosos, adoptando resoluciones inconsultas y perniciosas» hacía necesario el establecimiento de un Senado⁹.

El Senado tiene ciertas atribuciones exclusivas, entre las que destaca la de concurrir por dos tercios de sus integrantes a la confirmación de los jueces o juezas de la Corte Suprema, uno de los procedimientos más importantes para la práctica constitucional de Estados Unidos. Dado el enorme poder que la Corte tiene para interpretar la Constitución y, por ende, delinear los poderes de los estados, el Gobierno federal y los derechos fundamentales de las personas, estos procesos de confirmación suelen concitar muchísima atención pública. Asimismo, al Senado le corresponde emitir su opinión sobre –y dar su consentimiento a– los tratados internacionales que el presidente quiera ratificar para obligar internacionalmente al país.

Una de las ventajas de una legislatura bicameral es que proporciona un sistema adicional de frenos y contrapesos a la hora de legislar: dado que ambas Cámaras de la legislatura deben aprobar un proyecto de ley antes de que pueda proceder, hay menos oportunidades de aprobar leyes que benefician a grupos específicos a expensas de otros grupos. Y debido a que ambos órganos deben aprobar los proyectos de ley, los partidos políticos se ven obligados negociar entre sí para llegar a resultados que –al menos en teoría– benefician al mayor número posible de las partes implicadas.

.....
 8 Edmund Randolph, representante de Virginia, cit. en FARRAND, M. (ed.) (1911): *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. 1, Londres: Yale University Press, p. 58.

9 *El Federalista No. 62*.

Ahora bien, estos beneficios tienen también su contracara, es decir, algunas desventajas. Por un lado, con todos los frenos y contrapesos adicionales asoma el riesgo de bloqueo político: debido a que ambas Cámaras de la legislatura deben aprobar la misma redacción, se necesita más tiempo para llegar a acuerdos. Si un grupo no cede, entonces la legislación sometida a consideración del legislativo puede ser bloqueada o abandonada por completo, proceso de paralización que se conoce también como *filibuster*. Por otra parte, hay quienes creen que la legislatura bicameral fomenta el despilfarro de recursos, dado que alienta a dos segmentos del mismo organismo a realizar actividades similares al mismo tiempo, lo que implica un desperdicio de tiempo y recursos monetarios. Dado que estos fondos provienen de los contribuyentes, esto puede generar una comprensible insatisfacción pública con la forma en que funciona el sistema.

Uno de los problemas más visibles de la composición bicameral del Congreso es el poder desproporcionado que el Senado atribuye a los estados pequeños. Un episodio reciente como la confirmación del juez Brett Kavanaugh para la Corte Suprema –denunciado por abuso sexual cometido en su época de estudiante– puso en evidencia esta desproporción: el juez fue confirmado por el voto concurrente de cincuenta senadores, que representaban solo el 44 % de la población del país, a pesar de que se trata de un voto de dos tercios. Asimismo, como observan quienes promueven la abolición del Senado, un votante de un estado pequeño como Wyoming (con una población de unos 579 mil habitantes) ejerce aproximadamente 70 veces más influencia que un votante de California (con una población de 39.5 millones de personas).

Interacción entre el Congreso y el Ejecutivo. El juicio político (impeachment)

Uno de los frenos y contrapesos más conocidos es el proceso de acusación constitucional o impugnación (*impeachment*), consistente en la acusación formal de una actividad ilegal contra un funcionario del Gobierno (el presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos) cuando, de conformidad con el artículo II, sección 4 de

la Constitución, se les acuse de traición, soborno o corrupción, así como de «otros altos crímenes y delitos menores», expresión cuyo alcance semántico ha generado mucho debate, aunque hay acuerdo general en que el soborno sí es subsumible en la categoría de «altos crímenes y delitos menores».

El proceso de *impeachment* consta de varias etapas. A la Cámara de Representantes le corresponde debatir y votar los artículos de la impugnación donde constan los cargos contra el funcionario. Si una mayoría simple vota a favor, el funcionario se considera «impugnado», y el caso se traslada al Senado, que actúa entonces como jurado para decidir si esa persona debe o no ser removida de su cargo. El Comité Judicial de la Cámara de Representantes actúa como fiscalía y presenta pruebas contra el acusado, que puede designar a su propio representante legal para ser defendido. El presidente de la Corte Suprema dirige el juicio y decide sobre la admisibilidad de las pruebas, y el Senado resuelve. Una vez presentadas todas las pruebas, una mayoría de 2/3 del Senado debe votar contra el acusado para destituirlo.

4. Democracia y participación

La Constitución de los Estados Unidos no contiene disposiciones específicas relativas a la democracia directa, aunque a nivel estatal son numerosos los casos en los que los procedimientos asociados a la misma son frecuentes: veinticuatro de los cincuenta estados prevén en sus legislaciones las iniciativas legislativas ciudadanas, y en dieciocho de ellos está contemplada la revocación de funcionarios electos. Las iniciativas ciudadanas se impulsan más ampliamente en los estados occidentales como Colorado, California, Dakota del Norte y Oregón. La destitución de autoridades, sin embargo, es menos habitual; un ejemplo relativamente reciente fue la destitución del gobernador Gray Davis de California, en 2003. Describiremos algunos casos ilustrativos.

Desde 1902, la Constitución de Oregón contempla tres métodos que permiten a los electores y electoras incidir directamente en la modificación de las leyes y la Constitución estatal: la iniciativa, la remisión y el

referéndum. Toda persona tiene derecho a patrocinar estas iniciativas y, al hacerlo, recibe el nombre de «peticionario o peticionaria principal»; por cada iniciativa puede haber hasta tres peticionarios principales. Para que una iniciativa pueda ser sometida a consideración en las elecciones generales siguientes, los peticionarios principales deben recibir la aprobación del secretario de Estado para distribuir papeletas con el objeto de recoger el número necesario de firmas que, como fecha límite, deben ser presentadas al secretario de Estado cuatro meses antes del día de las siguientes elecciones generales. El número de firmas que debe recogerse es el mismo que el número de votos obtenidos por el gobernador en la última elección.

Por su parte, el proceso de remisión (*referral*) brinda a los votantes la oportunidad de decidir sobre cambios constitucionales, legislativos o locales propuestos por la legislatura estatal, o por órganos de gobierno distrital, comunal o de las ciudades. En el caso de los *referrals* estatales, los solicitantes principales deben ser miembros de la asamblea legislativa –un/a senador/a y un/a representante. En todos estos casos, cuando se busca someter a votación determinada cuestión, las autoridades deben pedir al secretario de Estado que incluya una o más preguntas para que sea sometida a votación de los electores.

Por último, el referéndum ofrece a los votantes la oportunidad de aprobar o rechazar medidas legislativas adoptadas por la legislatura, excepción hecha de aquellas leyes que tienen alguna cláusula de emergencia (por ejemplo, en el caso de que la asamblea declare que determinada legislación es necesaria para la inmediata preservación de la paz, la salud o la seguridad públicas). Cualquier persona puede convertirse en peticionaria principal de una solicitud de referéndum, y por cada referéndum puede haber hasta tres peticionarios principales. El procedimiento para calificar un referéndum para la siguiente elección general es el mismo que el procedimiento para calificar una iniciativa para la próxima elección.

Por su parte, California se convirtió en 1911 en el décimo estado que adoptó un proceso de iniciativa ciudadana y, junto a Oregón, ha sido el estado que más ha recurrido a este mecanismo. En California, las iniciativas deben calificar para la papeleta electoral por lo menos 131 días antes

de una elección. El primer paso en el proceso de iniciativa ciudadana de California es redactar un borrador de la iniciativa, que es el texto de la ley propuesta y, posteriormente, presentar el borrador al fiscal general, que debe asignarle un título oficial y elaborar un resumen de la propuesta. Una vez certificada la iniciativa por parte de las autoridades, corresponde a los votantes de California pronunciarse, aprobándola o rechazándola.

California también tiene su propio proceso de referéndum en el que los electores tienen el poder de aprobar o rechazar leyes, excepción hecha de determinadas disposiciones legislativas como las de urgencia, las que convocan elecciones y las que inciden en materia de impuestos o asignaciones para los gastos corrientes del estado. Los referendos pueden calificar para la boleta estatal hasta 31 días antes de una elección, y las peticiones deben ser firmadas por los votantes inscritos en un porcentaje igual al 5 % de los votos emitidos para todos los candidatos a gobernador en la última elección. Una vez presentadas las peticiones, los funcionarios electorales de los condados tienen ocho días hábiles para determinar el recuento de las firmas presentadas e informar de sus conclusiones al secretario de Estado. Una vez que el total estatal alcanza la cantidad de firmas requeridas, el secretario de Estado ordena a los condados que inicien una verificación de muestras aleatorias de firmas. Si el total aleatorio de todo el estado proyecta más del 110 % de la cantidad de firmas requeridas, el referéndum califica para la votación; si el total estatal es menor al 95 % de las firmas requeridas, entonces el referéndum no calificará para la votación. Si el total estatal está entre el 95 % y el 110 %, los condados deben realizar una verificación completa de las firmas e informar de sus resultados al secretario de Estado en un plazo de 30 días hábiles. Hecho esto, si el total estatal alcanza el 100 % de la cantidad de firmas requeridas, el referéndum califica para la votación.

Si bien Oregón y California son los dos estados que más comúnmente activan el proceso de iniciativa ciudadana, otros estados utilizan este mismo mecanismo, aunque con procedimientos diferentes: Alaska, Idaho, Maine, Utah, Washington y Wyoming solo permiten iniciativas que enmiendan los estatutos, mientras que Florida, Illinois y Mississippi

solo permiten iniciativas orientadas a enmendar sus constituciones. Por su parte, los estados de Arizona, Arkansas, California, Colorado, Florida, Idaho, Illinois, Missouri, Montana, Oregón y Dakota del Sur prevén en sus legislaciones procesos de iniciativa directa en los que las propuestas que califican avanzan directamente a la votación. Por último, Alaska, Maine, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Nevada, Ohio, Utah, Washington, Wyoming y las Islas Vírgenes de los Estados Unidos regulan procesos de iniciativa indirecta o parcialmente indirecta en los que algunas o todas las propuestas deben presentarse primero a la legislatura. Si una iniciativa es derrotada, algunos estados establecen un período de espera que oscila entre tres y cinco años para volver a presentarla.

Además de las iniciativas y los referendos, algunos estados permiten a los ciudadanos destituir (deponer y reemplazar) a los funcionarios públicos antes del término de sus mandatos. Si bien los detalles del proceso de destitución varían de un estado a otro, hay cuatro pasos generales que suelen repetirse: en primer lugar, las personas interesadas en destituir a algún funcionario deben presentar una solicitud que se hace circular para reunir un cierto número de firmas en un período de tiempo determinado. Posteriormente, las peticiones se presentan a los funcionarios electorales para la verificación de las firmas y finalmente se celebra una elección de revocación.

En la mayoría de los estados en que existen los mandatos revocatorios, cualquier votante inscrito puede iniciar una campaña de revocación por cualquier motivo, que normalmente es de carácter político y, en menor medida, legal. Solo en ocho estados se requieren razones específicas para la revocación: por ejemplo, en Alaska se puede revocar el mandato de una autoridad en caso de falta de aptitud, incompetencia, abandono de deberes o corrupción, mientras que en Georgia, un acto de mala conducta –que incluye la violación del juramento del cargo, el incumplimiento de los deberes prescritos por la ley o el uso indebido, la conversión o la apropiación indebida de bienes o fondos públicos– es motivo suficiente para la revocación. En Kansas, la condena por un delito grave, la mala conducta en el ejercicio del cargo, la incompetencia o el incumplimiento

de los deberes prescritos por la ley son motivo de destitución. En Montana, las causales contempladas para la destitución son la falta de aptitud, la incompetencia, la violación del juramento, la mala conducta oficial o la condena por delitos graves. En Virginia, el descuido o abandono de deberes, el uso indebido del cargo o la incompetencia que tenga un efecto material adverso en la conducta del cargo, la condena por un delito menor relacionado con drogas o un crimen de odio se consideran motivos de revocación del mandato.

En resumen, si bien la Constitución no reconoce específicamente a los Estados Unidos como una democracia directa, varios estados han implementado mecanismos de este tipo que propician que los ciudadanos se impliquen con mayor intensidad en el proceso político y que les permitan proponer o impugnar nuevas leyes, así como destituir a los funcionarios. Estos mecanismos generan movilización política, y fomentan el acercamiento de la ciudadanía a la toma de decisiones, dotando a muchas medidas de mayor legitimidad social e incentivando a la ciudadanía a involucrarse en los asuntos públicos. Asimismo, el hecho de permitir que los ciudadanos y ciudadanas puedan revocar mandatos de autoridades electas (bajo determinadas causales) conjura el riesgo que estas den la espalda a sus electores una vez que asumen sus cargos.

5. Justicia Constitucional

En materia de justicia y supremacía constitucional, la Corte Suprema de los Estados Unidos es el máximo intérprete final de la Constitución, y no es exagerado señalar que el Derecho constitucional de ese país depende, en definitiva, de las decisiones que emite este tribunal de nueve personas. Es tal la importancia que tiene el papel de la Corte Suprema que el estudio del Derecho constitucional de los Estados Unidos es, a fin de cuentas y principalmente, el estudio de los principales fallos emitidos por la Corte. Notoriamente, la facultad que la Corte tiene para revisar judicialmente la constitucionalidad de las leyes y los actos administrativos *no* está contemplada expresamente en el texto de la Constitución. Fue una creación judicial, fundamentada primordialmente en las opiniones vertidas en *El*

Federalista –en particular, el No. 78– por los defensores del proyecto de Constitución cuando este se debatía.

En 1803, en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, fallo unánime redactado por el juez John Marshall, se aplicó por primera vez el principio de *la judicial review*, es decir, el poder de la Corte Suprema de invalidar leyes del Congreso que contravengan la Constitución¹⁰. En él, Marshall definió como «la verdadera esencia de la función judicial» a la tarea de determinar qué prima en un caso en el que se enfrentan una ley y una norma de la Constitución. Marshall concluyó que la Constitución obliga a los jueces a aplicarla (junto con las leyes) y, al hacerlo, los jueces deben dar preferencia a aquella frente a una medida del Congreso. En palabras del propio Marshall: «O la constitución es una norma superior y primaria, inmodificable por medios ordinarios, o bien está al nivel de las medidas legislativas ordinarias y, al igual que otras leyes, modificable cuando el poder legislativo decida hacerlo». De esta forma, la idea de supremacía constitucional quedó articulada tempranamente en el Derecho constitucional de los Estados Unidos.

El caso versaba sobre el nombramiento como juez de paz del Distrito de Columbia de William Marbury, realizado en las postrimerías de la administración de John Adams, que debía ceder el gobierno a su rival político, Thomas Jefferson, en marzo de 1801. A pesar de que el nombramiento había sido cursado por el Gobierno de Adams y de que el Senado había otorgado su acuerdo, la comisión de servicio de Marbury –así como la de otros jueces– no fue entregada hasta que el nuevo Gobierno había asumido. Este, sin embargo, decidió ignorar el nombramiento de Marbury (y de otros jueces designados), por lo que Marbury recurrió a la Corte Suprema solicitándole que obligara al secretario de Estado, James Madison, a cursar definitivamente su nombramiento como juez de paz (de allí que las partes del caso fueran Marbury y Madison). La Corte determinó que una cláusula de la Ley sobre el Poder Judicial, dictada en 1789, había ido más allá de lo que la Constitución autorizaba en cuanto a la competencia

.....

10 *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

de la Corte Suprema para conocer y resolver ciertas cuestiones, y que la Corte no tenía competencia para conocer el pedido de *Marbury*. De ser así, razonó el juez Marshall, una ley –en este caso, la ley que estructuró el Poder Judicial– se impondría a lo dispuesto en la Constitución. Marshall atribuyó a la Constitución el carácter de norma jurídica, con eficacia directa y efectiva, y determinó que, por ello, en caso de enfrentarse a una ley, esta última debía ceder su aplicación en favor de la Constitución.

Desde entonces, toda la discusión constitucional de los Estados Unidos está atravesada por la cuestión del poder que tiene la Corte –y los tribunales federales, en general– de revisar judicialmente las leyes. Prácticamente no hay manual de Derecho constitucional que no comience con este caso, y a pesar de haber pasado más de dos siglos desde *Marbury*, el poder de la Corte sigue siendo controvertido. Una de las críticas más conocidas que se han formulado contra la revisión judicial –de la mano de juristas como Alexander Bickel y filósofos del Derecho como Jeremy Waldron, entre otros– es que el poder judicial actúa de manera «contramayoritaria» cuando invalida leyes que han sido aprobadas por el Congreso y, por lo tanto, cuentan con el respaldo del órgano político de representación¹¹. Aún más, el hecho de que una sola persona pueda decantar la balanza –cuando ocurren votaciones divididas en la Corte de cinco contra cuatro votos– otorga un poder exorbitante en materia de interpretación constitucional, que siempre está expuesto a crítica, especialmente si se considera que la Corte resuelve casos altamente controvertidos relativos, por ejemplo, a la discriminación racial y segregación, el aborto, las acciones afirmativas, el matrimonio igualitario o el financiamiento de campañas políticas.

En materia de revisión de actos administrativos, el artículo 702 de la Ley sobre Procedimiento Administrativo permite accionar a cualquier persona que se vea afectada o agraviada negativamente por la acción

.....
 11 Véase, por ejemplo, BICKEL, A. M. (1962): *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press; y WALDRON, J. (2006): «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, vol. 115, pp. 1346-1406.

de una agencia estatal. Para ello, el tribunal analiza primariamente dos cuestiones: 1) si acaso el accionante alega algún «perjuicio de hecho», y 2) si el interés que el denunciante trata de proteger se encuentra «presumiblemente dentro de la zona de intereses que deben protegerse o regularse por la ley o la garantía constitucional de que se trate». Ahora bien, aun respondiendo afirmativamente a estas preguntas, todavía es posible que el demandante no pueda conseguir que el tribunal revise el caso si la acción se ha impetrado en el momento equivocado: según la doctrina del agotamiento de los recursos, una persona que trata con un funcionario u organismo debe seguir todos los pasos establecidos y agotar todas las demás vías disponibles antes de intentar una acción judicial. Esta doctrina es esencial para evitar la sobrecarga de los tribunales con cuestiones que tal vez ni siquiera estén en litigio en el momento en que los organismos o funcionarios emitan sus órdenes o decisiones finales.

Por otro lado, aun cuando un determinado caso sí puede ser materia de revisión judicial, el alcance de la misma puede ser limitado, dado que la Ley sobre Procedimiento Administrativo dispone que los tribunales no pueden cuestionar a los organismos o funcionarios cuando ejercen las facultades discrecionales que les otorgan la ley o la Constitución. Generalmente, un tribunal se limita a preguntar si el organismo o funcionario se excedió en la autoridad que se le otorgó, si se siguieron o no los procedimientos adecuados para llegar a la decisión y si la decisión es tan manifiestamente equivocada que debe ser anulada. Esto incluye no solo los actos del presidente o de un miembro del Congreso, sino también cualquier acción de un organismo que se considere «arbitraria y caprichosa», un abuso de la facultad discrecional o una decisión que no se ajuste a la ley.

Por otro lado, la Corte Suprema ha elaborado diversas doctrinas en materia de revisión judicial que le permiten evitar abocarse al conocimiento de asuntos que caigan bajo su esfera. Entre ellas, destaca la doctrina de la «cuestión política», que la Corte utiliza para justificar su incompetencia en casos en que estime que el asunto es esencialmente político y que, por lo tanto, queda fuera del ámbito de la revisión judicial –tal sería, por ejemplo, el caso de una controversia en materia de relaciones internacionales–. Con

todo, los límites de este tipo de doctrinas no son del todo claros, y muchas veces la Corte decide conocer casos que podrían caer perfectamente bajo la doctrina de la cuestión política, empezando por el célebre *Marbury v. Madison*, en el que se le solicitaba a la Corte su intervención en nombramientos que eran de competencia exclusiva de los poderes políticos¹².

La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (y de actos administrativos) no solo es la facultad más relevante que ejerce la Corte Suprema; probablemente, también es la más polémica. Como ya se explicó, la objeción contramayoritaria es una crítica saliente que aparece y decae cada cierto tiempo, dependiendo de los casos que decida la Corte y, desde luego, del modo en que decide. Así, por ejemplo, cuando la Corte dictaminó que la segregación racial era inconstitucional y obligó a las escuelas a terminar con ella en el caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954; o cuando declaró, en 1973, que en la Constitución se encontraba un derecho (no escrito) a la privacidad, bajo el cual decretó que las mujeres tenían derecho a abortar (con ciertas limitaciones); o, más recientemente, cuando decidió nada menos que la elección presidencial de 2000 (en favor de George W. Bush) debido a discrepancias administrativas en el recuento de votos en el estado de Florida. Quizá uno de los episodios más relevantes en el que el poder político se enfrentó a la autoridad judicial se produjo durante la época del *New Deal*, cuando el presidente Franklin D. Roosevelt, frustrado por los fallos de la Corte que invalidaban sus políticas públicas, propuso una legislación que ampliaría el número de jueces en la Corte. A pesar de que el proyecto de Roosevelt no llegó a buen puerto, parece que sí ejerció la suficiente presión sobre la Corte como para que esta modificara sus visiones y permitiera que las medidas del *New Deal* se convirtieran en políticas públicas.

Recientemente han surgido teorías de interpretación constitucional que «sacan» a la Constitución del ámbito de los tribunales de justicia e intentan devolver al Congreso y el proceso político, en general, la autoridad

.....
 12 FELDMAN, N. R y K. M. SULLIVAN (2019): *Constitutional Law*, Eagan: Foundation Press, p. 11.

para interpretarla¹³. Estos autores, comúnmente englobados bajo el rótulo de «constitucionalismo popular» o «legislativo», reaccionan frente a la tendencia conservadora que la Corte Suprema ha mostrado en las últimas décadas y revisitan la objeción contramayoritaria articulada por Bickel a mediados del siglo veinte: plantean, entonces, que la Corte, compuesta por personas que no responden ante la ciudadanía, no debiera tener la autoridad final para determinar el sentido y alcance de la Constitución. A pesar de estos avances académicos, lo cierto es que el poder de revisar judicialmente la constitucionalidad de las leyes sigue plenamente vigente, y que la Corte Suprema de los Estados Unidos es, sin duda, el lugar al que todos vuelven la mirada cuando quieren saber qué permite y qué prohíbe la Constitución.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

El texto original de la Constitución de los Estados Unidos contemplaba esencialmente normas «orgánicas», esto es, relativas a la forma de distribución del poder, la creación de los órganos del Gobierno federal y sus atribuciones. Tuvo que pasar poco más de una década para que se adoptara un catálogo de derechos (llamado *Bill of Rights*), que reconoce derechos individuales a todas las personas, y establece una serie de limitaciones a los poderes del Gobierno federal y de los estados. Durante el proceso de ratificación de la nueva Constitución, muchos estados levantaron la voz por la ausencia de derechos individuales en el texto de la norma suprema (incluso hubo delegados a la Convención de Filadelfia que votaron en contra por esa razón), y ello motivó a que el Congreso se comprometiera a remediar la situación.

.....
 13 Véase, por ejemplo, TUSHNET, M. (2000): *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press; LARRY D. KRAMER, L. D. (2005): *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press; y POST, R. C. y R. B. SIEGEL (2004): «Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy», *California Law Review*, vol. 92, pp. 1027-1044.

Así, en 1791, el Congreso adoptó las primeras diez Enmiendas a la Constitución que consagraban los principales derechos individuales de las personas. La Primera Enmienda prohíbe al Congreso dictar leyes que establezcan oficialmente una religión o que prohíban el libre ejercicio de una religión, así como cualquier ley que limite la libertad de expresión o el derecho a reunirse pacíficamente. La Segunda Enmienda reconoce el derecho de las personas a poseer y portar armas, aunque también hace hincapié en la necesidad de disponer de una milicia «bien regulada» para garantizar la seguridad de un Estado libre. La Tercera Enmienda dispone que ningún soldado será alojado en un hogar privado sin el consentimiento del propietario en tiempos de guerra o de paz.

En materia de garantías penales, la Cuarta Enmienda asegura el derecho de las personas a no ser objeto de registros e incautaciones infundadas, lo que significa que ningún oficial de policía puede registrar a un ciudadano (o su propiedad) sin causa probable y que, en caso de obtener una orden de registro, ha de especificarse el lugar que debe ser registrado, el artículo a ser incautado o la persona a ser revisada. La Quinta Enmienda (también llamada «cláusula de debido proceso») asegura el derecho de los ciudadanos a ser acusados de crímenes o delitos por un «gran jurado»; consagra el principio de cosa juzgada, esto es, la prohibición de que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito; establece que ningún ciudadano puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso. Por último, esta Enmienda establece que la propiedad privada no se enajenará para uso público sin una compensación justa. La Sexta Enmienda dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a un juicio rápido y público, llevado adelante por un jurado imparcial de su comunidad. La Séptima Enmienda extiende los principios de la Sexta Enmienda a los casos civiles. La Octava Enmienda prohíbe las fianzas y multas excesivas y los castigos crueles e inusuales.

La Novena Enmienda establece que los derechos de algunos no impedirán los derechos de otros. Por último, la Décima Enmienda dispone que los poderes no delegados por la Constitución a los Estados Unidos –es

decir, al gobierno federal–, y no prohibidos a los estados, quedan reservados a los estados o las personas.

Como sostienen Davis, Kalb y Kaufman, en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos Estados Unidos mantiene «una posición profundamente contradictoria»: por un lado, fue un actor clave en la promoción y adopción de los principales instrumentos sobre derechos humanos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial y, por otro, se ha negado sistemáticamente a ratificar tratados clave en esta materia¹⁴. Efectivamente, Estados Unidos ha firmado siete de los principales tratados sobre derechos humanos, pero solo ha ratificado algunos de ellos: la Convención sobre Genocidio, los Convenios de Ginebra, y algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Más aún, en los casos en que se han ratificado tratados, la ratificación suele ir acompañada de reservas y declaraciones que limitan severamente su ámbito de aplicación.

Para incorporar tratados internacionales (ya sean de derechos humanos o de cualquier otra materia), el presidente debe firmar el tratado, que debe posteriormente ser aprobado por el Senado por un cuórum de dos tercios de sus miembros (art. II, § 2). Solo entonces el tratado pasa a formar parte del Derecho interno y, conforme a la «cláusula de supremacía», tienen el mismo valor que el Derecho federal. Ahora bien, como otros países anglosajones, Estados Unidos es un país dualista, es decir, su Derecho normalmente requiere la acción del legislador para poner en ejecución las obligaciones internacionales contenidas en los tratados¹⁵.

.....
 14 DAVIS, M. F., J. KALB y R. E. KAUFMAN (2018): *Human Rights Advocacy in the United States*, St. Paul: West Academic, p. 127.

15 Se entiende que es en *Foster vs. Neilson*, decidido en 1829, de que la Corte Suprema elabora la distinción –aunque no la menciona expresamente– entre tratados «autoejecutables» (que no requieren de acción legislativa de implementación y puede ser directamente invocados) y tratados «no autoejecutables», que son aquellos que no pueden ser invocados ante un tribunal de justicia sin que medie algún tipo de acción legislativa de implementación. La distinción aparece por primera vez en el caso *Whitney vs. Robertson*, decidido en 1888. Con todo, la distinción nunca ha sido del todo pacífica y es objeto de debate académico. Véase VÁSQUEZ, C. M. (2008): «Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties», *Harvard Law Review*, vol. 122, pp. 599-695;

Uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo (federal) estadounidense es la ausencia absoluta de derechos económicos, sociales y culturales, y la actitud renuente que la Corte Suprema ha exhibido históricamente hacia estos derechos, tendencia que se manifiesta en la amplia deferencia de la Corte con las leyes que abordan materias sobre prestaciones sociales. Se dice que esta actitud puede estar relacionada con la robusta tradición individualista y libertaria del país, en el que se ve con malos ojos que el Estado provea a sus ciudadanos de bienes básicos y esta función estatal es considerada propia de países de tipo socialista; se trata de lo que Cass Sunstein denomina el «excepcionalismo estadounidense»¹⁶.

Si bien Estados Unidos es signatario del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, no lo ha ratificado; por ello, es en el ámbito de los estados donde algunas constituciones sí contienen normas sobre derechos sociales. A nivel federal, probablemente la etapa en la que más cerca ha estado nuestro país de (intentar) reconocer este tipo de derechos fue la del Gobierno de Franklin D. Roosevelt, cuyas ideas en esta materia fueron impulsadas por Eleanor Roosevelt, su mujer, una de las figuras clave en la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En 1941, el presidente Roosevelt pronunció el famoso discurso de las «Cuatro Libertades», en el que, junto a las libertades “civiles y políticas” tradicionales –libertad de expresión y de culto–, agregó el derecho a estar libre de *necesidad* y de *miedo* en referencia directa a los estándares básicos que toda persona requiere para poder vivir una vida digna. Roosevelt profundizó en esta concepción en su discurso sobre el Estado de la Unión de 1944, en que planteó la idea de un «*Segundo* Catálogo de Derechos» (*Second Bill of Rights*), que incluiría el derecho a un trabajo justo y remunerado; el derecho a una remuneración justa; el derecho de toda familia a una vivienda digna; el derecho a la salud; el derecho a una educación de

.....
y Curtis A. BRADLEY, C. A. (2008): «Intent, Presumptions, and Non-Self-Executing Treaties», *American Journal of International Law*, vol. 102, pp. 540-551.

16 SUNSTEIN, C. R. (2004): *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, New York: Penguin Books, p. 106.

calidad, y el derecho a tener seguridad en el momento de llegar a la vejez. Como se ve, todos estos derechos son los derechos sociales comúnmente reconocidos en los catálogos de derechos de las constituciones occidentales. En los Estados Unidos nunca han formado parte de la arquitectura constitucional del Gobierno federal. Es más, según explica Sunstein, en los años 60 y comienzos de los 70 del siglo pasado, la Corte Suprema estuvo cerca de otorgar reconocimiento a los derechos económicos y sociales, pero los nombramientos judiciales que el presidente Richard Nixon hizo en la Corte hicieron imposible que el tribunal tomara ese camino, a pesar de los signos que indicaban que la Corte estaba avanzando en esa dirección¹⁷.

Por lo que respecta a los derechos colectivos, el texto de la Constitución no hace ninguna referencia a los mismos, dado que su foco está puesto en los derechos *individuales*. Sin embargo, como se ha explicado en el primer apartado de este artículo, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de derechos de los pueblos indígenas, a pesar de sus vaivenes, ha reconocido los derechos de estas «naciones» y, en tal sentido, existe reconocimiento jurídico a sus derechos colectivos, aun cuando no sea ese el lenguaje utilizado.

Finalmente, respecto a los grupos en situación de desventaja, si bien la Constitución no aborda esferas relativas a la protección y garantía de derechos sociales, sí se ocupa de los derechos civiles de grupos que han sido históricamente marginados o incluso, como ocurre con la marca indeleble del constitucionalismo estadounidense, esclavizados. La Decimotercera Enmienda, adoptada en 1865, dispone que no existirá en los Estados Unidos ni en sus territorios la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, salvo como castigo por un delito, mientras que la Decimocuarta Enmienda, adoptada en 1868 –y comúnmente llamada «cláusula de igual protección»– amplió los derechos consagrados en la Constitución federal,

.....
 17 SUNSTEIN, C. R., *op. cit.*, pp. 153-154. Como observa Sunstein, este episodio «extraordinario y olvidado» de la historia constitucional estadounidense muestra –una vez más– que la integración del máximo tribunal puede tener consecuencias tan importantes y decisivas para la vida de las personas, reflatando algunas de las críticas que se le han hecho al poder de revisar judicialmente las leyes.

incluida la Decimotercera Enmienda, a la jurisdicción de los estados, y estableció que ningún estado dictará o hará cumplir leyes que «reduzcan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos» y, específicamente, que no privarán a ninguna persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal (en referencia a la Quinta Enmienda) ni negarán a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes. La Decimocuarta Enmienda también hace referencia a los derechos de los hijos de los inmigrantes y dispone, en este sentido, que todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en el que residen. Además, la Decimoquinta Enmienda establece que el derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado por motivos de raza, color o condición previa de servidumbre.

Estas Enmiendas a la Constitución abordan y garantizan los derechos de los grupos desfavorecidos y han dado origen a la jurisprudencia más relevante en materia de protección de derechos fundamentales, por ejemplo, en ámbitos como la discriminación por motivos de sexo o raza. Para evaluar la constitucionalidad de medidas administrativas o legislativas en estos ámbitos, la Corte dispone de «tests» diferenciados: en los casos en que se alega discriminación racial o conductas análogas, la Corte recurre a un test de escrutinio estricto de las medidas (que considera «inherentemente sospechosas»); en los supuestos en que se alega discriminación por motivos de sexo, la Corte recurre a un escrutinio intermedio (que en algunos casos se asimila a los casos de discriminación racial, pero en otros no); y un test de mera relación de racionalidad de las medidas en aquellos casos relacionados con otras diferenciaciones (que incluyen normas sobre materias socio-económicas y aquellas que establecen diferencias según edad o discapacidad, categorías que la Corte *no* ve como inherentemente sospechosas)¹⁸.

.....

¹⁸ FELDMAN, N. R y K. M. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 645. Los autores explican que «debido a que el examen de racionalidad a veces se intensifica (especialmente si hay algún motivo inapropiado de “animus”), y el escrutinio estricto a veces se

En materia de discriminación racial, probablemente la cuestión más compleja que ha enfrentado y sigue enfrentando el país, la Corte Suprema dictó en 1954 el célebre caso *Brown vs. Board of Education*, en el que, de manera unánime, la Corte decretó que la discriminación racial contra los niños en escuelas públicas era inconstitucional. En la estela de este fallo, la Corte emitió una serie de sentencias que complementaron su doctrina jurisprudencial sobre la igualdad racial, ampliándola a otros espacios como las playas, el transporte público, los parques y los restaurantes municipales en aeropuertos¹⁹. Mediante la aplicación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, la Corte también ha dado cobertura jurídica a las medidas de acción afirmativa en ámbitos como el de la educación superior. Las medidas de acción afirmativa son aquellas que, con el objeto de corregir injusticias y desventajas históricas, favorecen a personas de grupos desaventajados en el acceso a puestos de trabajo o, como se ha dicho, en el acceso a la educación superior.

Bibliografía

Doctrina e informes

- AHMAD, Kabir U. (1983): «An Empirical Study of Politico-Economic Interaction in the United States: A Comment. *The Review of Economics and Statistics*», vol. 65, núm 1, pp. 173-178. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/1924427. Consulta: 22/08/2020.
- ALONSO, Nathalie (2018): «Pros & Cons of Checks & Balances», *Synonym. Leaf Group Ltd.*, June 25. Disponible en: <<https://classroom.synonym.com/pros-cons-of-checks-balances-12083339.html>>.
- AMADEO, Kimberly (2020): «How Capitalism Works Compared to Socialism and Communism», *The Balance. DotDash*, May 18. Disponible en: <<https://www.thebalance.com/capitalism-characteristics-examples-pros-cons-3305588>>.

.....
relaja (como en el caso de la ‘acción afirmativa’), parece ser más exacto hablar de un espectro de estándares en la revisión de las demandas sobre igual protección que de tres niveles fijos» (traducción libre).

¹⁹ *Ibidem*, p. 664.

- AMERICAN INDIAN LAWYER TRAINING PROGRAM (1988): «Indian Tribes as Sovereign Governments: A Sourcebook on Federal-Tribal History, Law, and Policy».
- BAKER, Patricia y Victoria NEGUS (2028): «Who Is Considered a United States Citizen?» *MassLegalHelp*, January. Disponible en: <<https://www.masslegalhelp.org/income-benefits/food-stamps/advocacy-guide/part2/q47-who-is-a-citizen.>>.
- BARANOFF, Olga (2015): «What's Caused the Rise in Income Inequality in the US?» *World Economic Forum. World Economic Forum*, May 5. Disponible en: <[https://www.weforum.org/agenda/2015/05/whats-caused-the-rise-in-income-inequality-in-the-us/.](https://www.weforum.org/agenda/2015/05/whats-caused-the-rise-in-income-inequality-in-the-us/)>.
- BERAMENDI, Virginia (2008): *Direct Democracy: the International IDEA Handbook*. Stockholm: International Idea.
- Boundless Immigration (2020): «How Long Does It Take to Become a U.S. Citizen? – Boundless Immigration». Disponible en: <[https://www.boundless.com/immigration-resources/how-long-does-it-take-to-get-citizenship-after-applying/.](https://www.boundless.com/immigration-resources/how-long-does-it-take-to-get-citizenship-after-applying/)>.
- BRAY, Ilona (2014): «When an Asylee or Refugee Can Apply for U.S. Citizenship». *Nolo*, www.nolo.com, August 12. Disponible en: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/when-asylee-refugee-can-apply-us-citizenship.html.>>.
- Colorado Encyclopedia (2020): «Indian Appropriations Act (1871)», March 13. Disponible en: <<https://coloradoencyclopedia.org/article/indian-appropriations-act-1871.>>.
- Connect US. CONNECTUSFUND (2919): «13 Big Pros and Cons of Bicameral Legislature», November 22. Disponible en: <<https://connectusfund.org/13-big-pros-and-cons-of-bicameral-legislature.>>.
- , (2019): «15 Advantages and Disadvantages of Federalism» February 14. Disponible en <<https://connectusfund.org/15-advantages-and-disadvantages-of-federalism.>>.
- CONSTITUTE PROJECT (2020): «Constitution». Disponible en: <https://www.constituteproject.org/constitution/United_States_of_America1992>

- CHEMERINSKY, Erwin (2020): Economic Liberties – Part 1 – Lecture 7 (in the Series) – Individual Liberties», *Coursera*. Disponible en: <<https://www.coursera.org/lecture/chemerinsky-individual-rights/economic-liberties-part-1-xcDoH>>.
- Encyclopedia.com. Elite Cafemedia (2020): «Economic Benefits of the Constitution», September 1. Disponible en: <<https://www.encyclopedia.com/history/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/constitution-economic-benefits-issue>>.
- FAITH-LIHIC, Annette M. (2026): «The Instruments of Direct Democracy», International IDEA. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), December 21. Disponible en: <<https://www.idea.int/news-media/news/instruments-direct-democracy>>.
- Federalism in Canada: Basic Framework and Operation | Mapleleafweb.com, (2020): «Federalism in Canada: Basic Framework and Operation». Disponible en: <<https://www.mapleleafweb.com/features/federalism-canada-basic-framework-and-operation>>.
- FISHER, Daniel (2017): «Does The Constitution Protect Non-Citizens? Judges Say Yes», *Forbes Magazine*, January 30. Disponible en: <<https://www.forbes.com/sites/danielfisher/2017/01/30/does-the-constitution-protect-non-citizens-judges-say-yes/>>.
- FRAZEE, Gretchen (2018): «What Constitutional Rights Do Undocumented Immigrants Have?» PBS. Public Broadcasting Service, June 25. Disponible en: <<https://www.pbs.org/newshour/politics/what-constitutional-rights-do-undocumented-immigrants-have>>.
- HESLOP, D. Alan (2019): «Federal Systems» *Encyclopædia Britannica*, March 1. Disponible en: <<https://www.britannica.com/topic/political-system/Federal-systems>>.
- (*History, Art, & Archives*). Disponible en: <<https://history.house.gov/People/Office/Minority-Leaders/>>.
- «Initiative, Referral and Referendum Process» (2012): Salem: Oregon, September.

- JRank. Web Solutions LLC (2020): «Judicial Review of Agency Actions». Disponible en: <<https://law.jrank.org/pages/4076/Administrative-Law-Procedure-Judicial-Review-Agency-Actions.html>>.
- (2020): «Section (1983) – Elements Of A Section 1983 Claim». Disponible en: <<https://law.jrank.org/pages/10081/Section-1983-Elements-Section-1983-Claim.html>>.
- Khan Academy (2020): «Interactions among Branches of Government: Unit Overview (Article)». Disponible en: <<https://www.khanacademy.org/humanities/ap-us-government-and-politics/interactions-among-branches-of-government/policy-and-the-branches/a/interactions-among-branches-of-government-unit-overview>>.
- KELLY, Martin (2020): «Why the Articles of Confederation Failed», *ThoughtCo. DotDash*, May 8. Disponible en: <<https://www.thoughtco.com/why-articles-of-confederation-failed-104674>>.
- LEGAL INFORMATION INSTITUTE (2020): «Commerce Clause». Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/wex/commerce_clause>.
- , (2020): «Federalism». Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/wex/federalism>>.
- , (2020): «Impeachable Offenses». Disponible en: <<https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-2/section-4/impeachable-offenses>>.
- LEONTIEF, Wassily W. (1936): «Quantitative input and output relations in the economic systems of the United States», *The review of economic statistics*, pp. 105-125.
- LESSER, Ellen (2014): «Weaknesses in the 1920s Economy». *SlideShare*, April 25. Disponible en: <<https://www.slideshare.net/EllenLesser/weaknesses-in-the-1920s-economy>>.
- LONGLEY, Robert (2020): «What's the Good and Bad Side of Representative Democracy?», *ThoughtCo. DotDash*, April 4. Disponible en: <<https://www.thoughtco.com/representative-democracy-definition-pros-cons-4589561>>.
- LUNDER, Erika (2012): «Export Clause: Limitation on Congress's Taxing Power». *Congressional Research Service*.

- MIDDLETON, Tiffany (2020): «Right to Petition» *American Bar Association*. Disponible en: <https://www.americanbar.org/groups/public_education/publications/insights-on-law-and-society/volume-20/issue-1/learning-gateways--right-to-petition/>.
- MISACHI, John (2018): «What Type of Government Does the United States Have?» *WorldAtlas*, February 20. Disponible en: <<https://www.worldatlas.com/articles/what-type-of-government-does-the-united-states-have.html>>.
- NCAI. National Congress of American Indians (2020): «Tribal Governance». Disponible en: <<http://www.ncai.org/policy-issues/tribal-governance>>.
- Nolo* (2020): «Applying for Permanent Residence as a Refugee» *www.nolo.com*. August 4. Disponible en: <<https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/applying-permanent-residence-refugee.html>>.
- PUBLIC POLICY INSTITUTE OF CALIFORNIA (2019): «The Initiative Process in California», May 15. Disponible en: <<https://www.ppic.org/publication/the-initiative-process-in-california/>>.
- Schoolshistory.org.uk. MH Newsdesk Lite by MH Themes (2020): «Economic Boom in the 1920's: Causes», Disponible en: <<https://schoolshistory.org.uk/topics/world-history/america-c1920-1941/economic-boom-in-the-1920s-causes/>>.
- SOMIN, Ilya (2017): «The Constitutional Rights of Noncitizens», *Learn Liberty. Students for Liberty*, April 30. Disponible en: <<https://www.learnliberty.org/blog/t-he-constitutional-rights-of-noncitizens/>>.
- Indian Affairs, (2020): «Southern Plains Region». Disponible en: <<https://www.bia.gov/regional-offices/southern-plains/court-indian-offenses>>.
- SUNSTEIN, Cass R. (2005): «Why does the American constitution lack social and economic guarantees», *Syracuse Law Review*. 56 (1).
- The Borgen Project (2026): «What Is the Job of a Senator?», Borgen Project, March 10. Disponible en: <<https://borgenproject.org/what-is-the-job-of-a-senator/>>.
- «The Supremacy Clause and the Doctrine of Preemption». Findlaw. Thomson Reuters, June 2, 2017. <https://litigation.findlaw.com/>

legal-system/the-supremacy-clause-and-the-doctrine-of-preemption.html.

UNDERHILL, Wendy (2020): «Recall of State Officials», National Conference of State Legislatures. Disponible en: <<https://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>.

WARNOCK, Kae y Brenda ERICKSON (2020): «Separation of Powers-Impeachment» National Conference of State Legislatures. Disponible en: <<https://www.ncsl.org/research/about-state-legislatures/impeachment.aspx>>.

WILKINSON, Charles F., and Christine L. MIKLAS (2004): «Indian Tribes as Sovereign Governments: A Sourcebook on Federal-Tribal History». *Law, and Policy Second Edition*. Oakland, Ca.: American Indian Lawyer Training Program.

Jurisprudencia

Ackerman vs. Am. Cyanamid Co., 586 N.W.2d 208 (Iowa 1998).

Am. Civil Liberties Union of N.J., Inc. vs. Cty. of Hudson, 352 N.J. Super. 44 (Super. Ct. App. Div. 2002).

Batista vs. Batista, FA 92 0059661, 1992 Conn. Super. LEXIS 1808 (Super. Ct. June 18, 1992).

Bernal vs. Fainter, 467 U.S. 216 (1984).

Boehm vs. Superior Court, 178 Cal. App. 3d 494 (1986).

Boumediene vs. Bush, 553 U.S. 723 (2008).

C&C Constr., Inc. vs. Sacramento Mun. Util. Dist., 122 Cal. App. 4th 284 (2004)

Cherokee Nation vs. Georgia, 30 U.S. 1.

Duro vs. Reina, 495 U.S. 676 (1990).

Filartiga vs. Pena-Irala, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

Fong Yue Ting vs. United States, 149 U.S. 698 (1893).

Fujii vs. State, 217 P.2d 481 (Cal. Dist. Ct. App. 1950).

Gandy vs. Colo. Dep't of Corr., 284 P.3d 898 (Colo. App. 2012).

Graham vs. Florida, 560 U.S. 48 (2010).

In re A.G., 139 Ohio St. 3d 572 (2014).

In re Julie Anne, 121 Ohio Misc. 2d 20 (Ct. Com. Pl. 2002).

- In re White*, 97 Cal. App. 3d 141 (1979).
- Iron Crow vs. Oglala Sioux Tribe*, 231 F.2d 89 (8th Cir. 1956).
- Johnson vs. M'Intosh*, 21 U.S. 543.
- Matter of Todd*, 59 Misc. 3d 852 (Sup. Ct. 2018)
- Montana vs. United States*, 450 U.S. 544 (1981).
- Negusie vs. Holder*, 555 U.S. 511 (2009),
- Oliphant vs. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978).
- People vs. Caballero*, 206 Ill. 2d 65 (2002).
- People vs. Myles*, 53 Cal. 4th 1181 (2012).
- People vs. Ramirez*, 39 Cal. 4th 398 (2006).
- People vs. Solomon*, 49 Cal. 4th 792 (2010).
- Plyler vs. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).
- Ramah Navajo Sch. Bd., Inc. vs. N.M. Taxation & Revenue Dep't*, 1999-NM-CA-050.
- Reno vs. Flores*, 507 U.S. 292 (1993).
- Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).
- Russell vs. CSX Transp.*, 689 So. 2d 1354 (La. 1997).
- State ex rel. Simmons vs. Roper*, 112 S.W.3d 397 (Mo. 2003)
- Toland vs. Futagi*, 425 Md. 365 (2012).
- United States vs. Kagama*, 118 U.S. 375, 6 S. Ct. 1109 (1886).
- United States vs. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898).
- United States vs.. Classic*, 313 U.S. 299, 61 S. Ct. 1031, 85 L. Ed. 1368 [1941].
- Wilson vs. Hacker*, 101 N.Y.S.2d 461 (Sup. Ct. 1950).
- Wong vs. Tenneco*, 39 Cal. 3d 126 (1985).
- Worcester vs. Georgia*, 31 U.S. 515.
- Wynn vs. State*, 804 So. 2d 1122 (Ala. Crim. App. 2000).

Documentos oficiales

AUSTRALIAN GOVERNMENT-ATTORNEY GENERAL'S DEPARTMENT (2020): «International Human Rights System», May 13. Disponible en: <<https://www.ag.gov.au/rights-and-protections/human-rights-and-anti-discrimination/international-human-rights-system>>.

- CALIFORNIA SECRETARY OF STATE (2020): «Referendum». Disponible en: <<https://www.sos.ca.gov/elections/ballot-measures/referendum/>>.
- Congressional Research Service (2006): «Senate Leadership: Whip Organization», *EveryCRSReport.com*, December 7. Disponible en: <<https://www.everycrsreport.com/reports/RS20887.html>>.
- STATE OF CALIFORNIA. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of the Attorney General (2020): «Ballot Initiatives», May 6. Disponible en: <<https://oag.ca.gov/initiatives>>.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2020): «Frequently Asked Questions». Disponible en: <https://www.supremecourt.gov/about/faq_general.aspx>.
- THE WHITE HOUSE. THE UNITED STATES GOVERNMENT (2020): «State & Local Government». Disponible: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/state-local-government/>>.
- , (2020): «Our Government». Disponible en: <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/>>.
- Unesco (2017): «Theme: Media and Good Governance: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization». Disponible en: <<http://www.unesco.org/new/en/unesco/events/prizes-and-celebrations/celebrations/international-days/world-press-freedom-day/previous-celebrations/worldpressfreedomday200900000/theme-media-and-good-governance/>>.
- USCIS (2020): «10 Steps to Naturalization», July 5. Disponible en: <<https://www.uscis.gov/citizenship/learn-about-citizenship/10-steps-to-naturalization>>.
- USCIS (2020): «Application for Naturalization», June 30. Disponible en: <<https://www.uscis.gov/n-400>>.
- U.S.C. (2011): Title 25 – INDIANS. U.S. Government. Disponible en: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title25/html/USCODE-2011-title25-chap14-subchapV.htm>>.

UNITED STATES HOUSE OF REPRESENTATIVES (2020): «The House Explained». Disponible en: <<https://www.house.gov/the-house-explained>>.

-----, (2020): «Majority Leaders of the House (1899 to Present)», *United States House of Representatives (History, Art, & Archives)*, 2020. Disponible en: <<https://history.house.gov/People/Office/Majority-Leaders/>>.

-----, (2020): «Minority Leaders of the House (1899 to Present)», *United States House of Representatives*

-----, (2020): «Office of the Clerk, U.S. House of Representatives». Disponible en: <<https://clerk.house.gov/help>>.

-----, (2020): «Leadership». Disponible en: <<https://www.house.gov/leadership>>.

U.S. SENATE (2017): «Responsibilities of Majority and Minority Leaders», January 19. Disponible en: <https://www.senate.gov/general/common/generic/officer_responsibilities.htm>.

-----, (2018): «Glossary Term: Whips». U.S. Senate, January 19. Disponible en: <https://www.senate.gov/reference/glossary_term/whips.htm>.

-----, (2020): «Leadership», July 27. Disponible en: <https://www.senate.gov/reference/reference_index_subjects/Leadership_vrd.htm>.

Audiovisuales

History.com. A&E Television Networks (2009): «New Deal», October 29. Disponible en: <<https://www.history.com/topics/great-depression/new-deal>>.

History.com. A&E Television Networks (2010): «Congress Enacts the Indian Citizenship Act», February 9. Disponible en: <<https://www.history.com/this-day-in-history/the-indian-citizenship-act>>.

History.com. A&E Television Networks (2017): «Works Progress Administration (WPA)», July 13. Disponible: <<https://www.history.com/topics/great-depression/works-progress-administration>>.

History.com. A&E Television Networks (2020): «Civilian Conservation Corps», May 11. Disponible en: <<https://www.history.com/topics/great-depression/civilian-conservation-corps>>.

History.com. A&E Television Networks (2020): «SEC: Securities and Exchange Commission», May 3. Disponible en. <<https://www.history.com/topics/us-government/securities-and-exchange-commission>>.

■ ESPAÑA

Emilio Pajares Montolío*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

A modo de “norma de apertura”, el artículo 1 CE comienza afirmando que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político” (apartado 1). Una declaración que se proyecta obviamente sobre el resto del texto constitucional, incluso en el mismo título preliminar en el que figura ese artículo: se aprecia de manera evidente esa proyección en el título I (dedicado a los derechos fundamentales, de muy diversa índole, como corresponde a esa definición *por acumulación*) y en los que organizan los diversos poderes del Estado (títulos II a VI: la jefatura del Estado, el parlamento, el ejecutivo y la Administración de justicia), así como en el título dedicado a “Economía y Hacienda” (VII) y, como garantía del propio *Estado constitucional de Derecho*, en la regulación del Tribunal Constitucional (título IX) y de la reforma constitucional (título X)

A diferencia de lo que se acaba de apuntar, la Constitución carece de una definición acerca de la forma de Estado (unitario o federal), aunque fue una de las cuestiones más relevantes del debate constituyente (o quizá precisamente por eso). Más que un modelo de organización territorial, en el texto constitucional lo que se refleja

.....

* Profesor Titular Derecho constitucional. Universidad Carlos III de Madrid.

es el modo en que, con su aprobación, se puede abrir un proceso de descentralización política, del que se establecen por un lado reglas de procedimiento (para la aprobación de los estatutos de autonomía de los territorios que desearan constituirse en comunidad autónoma) y por otro, como es lógico, ciertos principios y límites que ha de respetar ese proceso, que en todo caso habrían permitido su concreción de diversas formas. Si se quiere tomar un punto de partida que pudiera servir, si no como definición, sí al menos como marco general para ese desarrollo, podría atenderse a lo previsto en el artículo 2, que recoge por un lado el principio de unidad nacional (con referencia a su indisolubilidad e indivisibilidad) y por otro reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran (también el de solidaridad entre ellas, de menor relevancia respecto a la definición de esta organización)¹.

Conforme a un principio dispositivo que no obligaba a acceder a esa autonomía y preveía diversas vías para el caso de que hubiera esa voluntad, así como un haz de competencias que se podían asumir (en algún caso, en fases sucesivas), en un plazo relativamente breve – apenas cinco años– se pone en pie el llamado (no en la Constitución) *Estado autonómico*, integrado por las actuales 17 comunidades autónomas, que cubren todo el territorio español, con un modelo más o menos similar (entidades dotadas de autonomía política, con órganos parlamentarios y ejecutivos) y competencias que responden también a un tronco común pero sin excluir la posibilidad de cierta asimetría (porque haya mayor o menor voluntad de gozar de autogobierno y por tanto se quiera o no apurar el margen que permite la Constitución o porque en algunas de esas comunidades exista alguna circunstancia cuyo reconocimiento constitucional permita asumir competencias que no están a disposición de las restantes, los llamados *hechos*

.....
1 Artículo 2

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas

diferenciales: lengua, preservación de regímenes singulares históricos de Derecho público o privado –de carácter foral–, insularidad...).

En relación a la ciudadanía y su vínculo con la nacionalidad, se podría contestar a esta cuestión haciendo referencia por un lado a la atribución de la soberanía nacional al pueblo español (artículo 1.2²) y al reconocimiento, entre otros derechos, del de participación en los asuntos públicos (artículo 23.1³); mientras que por otro encontramos diversas normas relacionadas con la nacionalidad en el capítulo primero del título I: más allá de remitirse a la ley para la regulación de la adquisición, la conservación y la pérdida de la nacionalidad, establece que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad y que se podrán concertar tratados de doble nacionalidad. Respecto al ejercicio de ese derecho de participación por extranjeros, queda reducido a los españoles, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, por tratado o ley se les reconozca a quienes residan en España la titularidad del derecho de sufragio activo y pasivo únicamente en las elecciones municipales (artículos 11⁴ y 13⁵: este último artículo fue

.....
2 Artículo 1.2

La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

3 Artículo 23.1

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

4 Artículo 11

1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.

2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

5 Artículo 13

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

objeto de la primera reforma de la Constitución en 1992, pues la previsión inicial se limitaba a un posible reconocimiento del derecho de sufragio activo, pero no pasivo).

Como se ha recogido un poco más arriba, la Constitución parte de la existencia de una sola Nación, la española (y de una sola soberanía, la del pueblo español) y del reconocimiento del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones “que la integran”, sin que tal distinción vuelva a aparecer en el texto constitucional. No es posible deducir de su articulado cuál es la diferencia entre nacionalidad y región ni, sobre todo, afirmar que la posibilidad de disponer de un tipo de autonomía diverso depende de ostentar una u otra calificación: es cierto que en el título VIII, dedicado a estas cuestiones, se prevén formas diferentes de acceso a la autonomía, que al menos en un momento inicial dieron lugar a diversos niveles de autogobierno, pero en ningún caso se vincula el uso de una vía u otra a la condición nacional o regional de la comunidad. En la primera fase de construcción del Estado autonómico sí que hubo una identificación entre el uso del término “nacionalidades” y el acceso inmediato al mayor nivel de autogobierno, pero pasado el plazo constitucionalmente previsto para que las demás comunidades autónomas también pudieran disponer de las competencias propias de ese nivel la reforma de algunos estatutos también incorporó esa denominación, que no tiene relevancia por tanto para distinguir entre comunidades.

Obviamente, la Constitución no acoge (se rechazó explícita y abrumadoramente durante su debate) fórmula alguna para la autodeterminación, secesión o similar de estas entidades y así lo ha declarado

.....

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.
4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

inequívocamente el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia relativa a ciertas iniciativas de instituciones vascas o catalanas de las que luego se hablará (STC 103/2008 para el primer caso; sobre el segundo, que ha dado lugar a un mayor número de pronunciamientos, puede verse por ejemplo la STC 42/2014, que se refiere tanto a la defensa legítima de esas posiciones, como tantas otras que tampoco están reconocidas en la Constitución, como a la necesidad de respetar las prescripciones constitucionales para encauzarlas).

Evaluando estas prescripciones generales, es posible señalar de entrada que, de las dos reformas constitucionales que se han aprobado desde 1978, una de ellas se refiere a una cuestión puntual de las examinadas en este apartado, con ese alcance más bien reducido y adoptada sin mayor polémica más allá de que el Gobierno mantuvo inicialmente que no era estrictamente necesaria, al sostener que la ampliación del derecho de sufragio para no nacionales residentes en España era posible por vía legal. Fue el Tribunal Constitucional, en DTC 1/1992 (en la que por primera vez ejerció el control previo sobre tratados internacionales que más adelante se analiza), el que concluyó que la incorporación al ordenamiento español del Tratado de la Unión Europea, que incluía el derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales como uno de los elementos básicos de la “ciudadanía europea” (por tanto, a disfrutar con independencia del Estado en que se resida) requería esa previa reforma constitucional, que se limitó por tanto a incluir también la faceta pasiva a la activa ya recogida en el texto original.

Sin esos cambios expresos, es evidente, como ahora se señalará, que en algunos ámbitos ha habido una evolución muy notable. En realidad, de las dos cuestiones básicas que se tratan en este apartado, la primera no ha dado ni puede dar lugar a mucho debate, al menos como tal definición, pues no parece haber alternativa digna de ser considerada frente al Estado social y democrático de Derecho, más allá obviamente de que esa proclamación se vea luego confirmada o no (o en mayor o menor medida) en las mismas normas constitucionales, en las de rango inferior o, sobre todo, en la práctica política.

Muy distinta tiene que ser la respuesta para la organización territorial, pues, tras superar las iniciales reticencias de sectores que criticaron el uso de la expresión “nacionalidades” por entender que menoscababa la simultánea declaración (rotunda, por lo demás) de unidad nacional, el Estado autonómico pareció asentarse, al permitir por un lado abordar una necesaria descentralización que contribuyó a modernizar las estructuras políticas y administrativas y por otro, de manera más relevante, canalizar el evidente pluralismo en materia nacional, del que la presencia de partidos nacionalistas, con un fuerte apoyo en algunos territorios, sólo sería una manifestación.

En un contexto que puede definirse como de cierta *desconstitucionalización* de la forma de Estado, la creación de instituciones autonómicas y la correspondiente asunción de competencias, de mayor o menor calado político pero de gran repercusión presupuestaria, al tiempo que creaba un nuevo nivel de gobierno (con el consiguiente reparto del poder) y reconocía esa diversidad de identidades, generó otros importantes rendimientos positivos: permitía incorporar plenamente a las formaciones de orientación nacionalista al juego político, puesto que no sólo venían a ocupar un lugar incluso principal en algunas comunidades (de hecho, en varias se han consolidado como mayoritarias, por lo que de manera casi ininterrumpida se han hecho cargo de los respectivos ejecutivos durante este periodo), sino también en las instituciones centrales, de modo que, aunque nunca han llegado a formar parte del Gobierno central, sí han sido decisivas para articular mayorías que permitieran acceder y mantenerse en el poder a los partidos que concurren en toda España.

Desde ese momento se pusieron de manifiesto en todo caso las deficiencias técnicas que se derivaban de una regulación constitucional que se centraba en cómo poner en marcha el proceso, pero en la que brillaban por su ausencia muchas reglas sobre el funcionamiento de ese Estado descentralizado. Hay que reiterarlo: en la Constitución no hay un modelo de organización territorial, por lo que difícilmente se podía prever, por poner un ejemplo, cómo se podían articular las relaciones de colaboración o cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas (algo se dice

luego en relación con el Senado). Tampoco el sistema de distribución de competencias se caracteriza por su claridad (atiende tanto al reparto de materias como de funciones y está previsto tanto en la Constitución, que reserva competencias al Estado, como en cada estatuto, en el que figuran las que asume cada comunidad; varios títulos estatales tienen carácter transversal –se proyectan sobre otros– y en muchos casos el Estado tiene que dictar la legislación básica y las comunidades pueden aprobar la de desarrollo, sin que haya técnicas para definir uno y otro ámbito; tampoco los criterios de cierre son muy precisos). Por tanto, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional para resolver las controversias en este ámbito territorial es de capital importancia para entender de qué tipo de Estado estamos hablando. No hay que olvidar por lo demás que esta imprecisión, esta apertura del sistema, también ha generado alguna ventaja, puesto que permitió ir dando cabida a ciertas reclamaciones de algunas comunidades autónomas respecto a sus competencias o financiación (por ejemplo, mediante la vía de la delegación de competencias que también prevé la Constitución).

En todo caso, desde hace algunos años se puede afirmar que esta cuestión territorial ha entrado en crisis, siendo probablemente el problema más importante de la organización constitucional del Estado en España en la actualidad. Por diversos factores (ampliar su oferta electoral, retornar a sus ideas originales, reaccionar a posiciones que se consideraban extremadamente centralistas en las instituciones españolas), algunos partidos nacionalistas radicalizaron sus planteamientos, formulando demandas que, o bien fueron rechazadas por las formaciones políticas de ámbito nacional (la propuesta de un nuevo estatuto político de Euskadi, de inspiración confederal o de libre asociación), o bien sólo tuvieron un respaldo parcial primero y fueron a continuación declaradas en parte inconstitucionales (el nuevo estatuto de autonomía de Cataluña). Como consecuencia, las instituciones de ambas comunidades pretendieron poner en marcha procesos de autodeterminación, claramente incompatibles con la Constitución y rechazados por tanto de manera

tajante por el Tribunal Constitucional, con desenlaces diferentes: si, tras renunciar a ponerlos en práctica, en el País Vasco parece haberse iniciado un proceso de reforma mediante acuerdos amplios pero por ahora de inciertos resultados, en Cataluña en cambio las instituciones autonómicas ignoraron estas resoluciones, aprobando leyes “de desconexión”, convocando votaciones ilegales de (aparentes) referéndums e incluso declarando, por breves instantes, la independencia. La gravedad de esta actuación llevó a aplicar por primera vez la intervención estatal prevista en el artículo 155 CE⁶ (con destitución del gobierno autonómico, cuyas funciones asumió temporalmente el Gobierno central) y también la apertura de un proceso penal contra sus principales responsables, condenados finalmente a graves sanciones de privación de libertad, culpables del delito de sedición.

A este problema de cómo integrar estas nuevas y radicales demandas, no precisamente sencillo de resolver pero que habrá que afrontar teniendo en cuenta el importante apoyo con el que cuentan en esas comunidades (como también lo es el de quienes se oponen a la separación), se une que esta fórmula autonómica ha empezado a ser rechazada también, en un plano general, desde posiciones antagónicas: quienes consideran que debería disminuir o incluso desaparecer ese nivel de descentralización y quienes apoyan el carácter plurinacional del Estado con el consiguiente reconocimiento de fórmulas de autodeterminación. De ambas participan importantes sectores de opinión, que han llevado a las Cortes Generales a

.....
 6 Artículo 155

1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.
2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

formaciones políticas que recogen uno y otro planteamiento y tienen un lugar en absoluto marginal.

2. Modelo económico

Hay todo un título de la Constitución dedicado a cuestiones de “Economía y Hacienda” (título VI, artículos 128 a 136), pero más que un modelo lo que se recoge, como fruto del consenso que caracterizó el proceso constituyente entre fuerzas políticas de signo incluso muy diferente, es una variedad de principios y criterios que se plasman en normas de orientación diversa, que por lo demás atienden también a la situación económica del país en el momento en que se elaboró el texto constitucional, de fuerte crisis económica. Téngase en cuenta asimismo que, además de lo previsto en ese título específico, la *Constitución económica* también hay que construirla a partir de normas incluidas en otros títulos, singularmente en el que recoge los derechos fundamentales (título I), por la destacada proyección económica de buena parte de sus contenidos (como los de ámbito laboral, el derecho de propiedad o la libertad de empresa así como, de manera destacada, los denominados “Principios rectores de la política social y económica”, que ocupan su capítulo III).

El rol del Estado en este ámbito, que de entrada recoge el principio de la economía de mercado, se puede deducir a partir de previsiones que afectan a ámbitos diferentes. En primer lugar, los relativos a la función pública de la riqueza, que queda subordinada, según el artículo 128⁷, al interés general, declaración que hay que conectar con la función social de la propiedad que menciona el

.....

7 Artículo 128

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.
2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

artículo 33⁸ (de modo que la expropiación forzosa puede obedecer no sólo a razones de utilidad pública, sino también al interés social). En el primero de los artículos citados se reconoce asimismo la iniciativa pública empresarial (no supeditada a la falta de oferta privada o su carácter insuficiente) así como la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales, compatible con una libertad de empresa (que afecta a diversas facetas: libertad para crearlas y actuar en el mercado, para definir sus objetivos y para dirigir su actividad) reconocida en el artículo 38⁹. A la posibilidad de establecer medidas de planificación se dedica el artículo 131¹⁰, para el caso de que lo requieran las necesidades colectivas, de modo que pueda servir para equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución; a estos efectos se prevé la existencia de un consejo asesor para articular la colaboración de sindicatos y

.....

8 Artículo 33

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.
3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

9 Artículo 38

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

10 Artículo 131

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.
2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

organizaciones profesionales, empresariales y económicas (un órgano de este perfil, pero no llamado a formular criterios sobre planificación, se ha creado posteriormente con el nombre de Consejo Económico y Social). Finalmente, en ese ámbito hay que considerar las previsiones sobre el régimen de los bienes de dominio público (art. 132¹¹) y la participación de los trabajadores en la empresa (art. 129.2¹²). Estas normas constitucionales en todo caso tienen diverso alcance, pues se formulan para reservar a la ley las medidas que se puedan adoptar o en forma de mandatos o habilitaciones para los poderes públicos.

Otras cuestiones también han merecido cierta atención, en relación con la financiación pública: así, las previsiones sobre el ejercicio de la potestad tributaria recogidas en el artículo 133¹³ y conectadas ineludiblemente con el deber de contribuir al sostenimiento

.....
11 Artículo 132

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.
2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimoterrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.
3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

12 Artículo 129.2

Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

13 Artículo 133

1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.
2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.
3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.
4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.

de los gastos públicos del artículo 31¹⁴; sobre la potestad presupuestaria (ciertos aspectos de la elaboración y aprobación de la ley de presupuestos, así como de su contenido, se pueden encontrar en el artículo 134¹⁵); o, finalmente, sobre el Tribunal de Cuentas como órgano de control externo, supremo fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, que depende de las Cortes Generales, por delegación de las cuales realizan esa función fiscalizadora (artículo 136¹⁶).

En todo caso, es materia en la que han desplegado innumerables efectos las normas de la Unión Europea, en la que España se integró con posterioridad a la aprobación de la Constitución: téngase en cuenta que es el resultado de un proceso de integración

.....

14 Artículo 31

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

15 Artículo 134

1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación (...).
3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior. (...)
6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

16 Artículo 136

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público. (...) Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.
3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.
4. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.

supranacional que se inició con una marcada orientación económica (de hecho, su primera conformación fue la de un Mercado Común Europeo, para pasar a denominarse luego como Comunidad Económica Europea, antes de adoptar el nombre actual), ámbito en el que todavía despliega gran parte de su actividad. Cuestiones relacionadas con el mercado, la competencia, las ayudas públicas o la prestación de servicios forman parte del ámbito de actuación de las instituciones europeas, sin que exista apenas un reconocimiento constitucional que recoja las implicaciones que, en este ámbito económico pero también respecto a otros aspectos cuando menos de la misma relevancia, ha tenido la participación en este proceso de integración. Cabe decir apenas porque la segunda y por ahora última reforma constitucional, que tuvo lugar en 2011, llevó a dar una nueva redacción al artículo 135¹⁷, de modo que, entre otros efectos,

.....
17 Artículo 135

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una Ley Orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. (...) Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación al producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

menciona ahora, aunque de forma muy limitada, las consecuencias de formar parte de la Unión, en relación con ciertos límites para las operaciones de endeudamiento y para incurrir en déficit, que no podrán superar los marcados por las normas e instituciones europeas.

Aprobada esta reforma en un contexto de crisis económica que hubo que afrontar en este marco europeo y sin que llegara a alcanzar la práctica unanimidad de la aprobada en 1992, se presentó como expresión de una serie de compromisos derivados de estas políticas comunes, que hacen referencia no sólo a esa sujeción (con una cierta flexibilidad: podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado) sino también a la formulación del principio de estabilidad presupuestaria y al pago con prioridad absoluta de los créditos para satisfacer intereses y capital de la deuda pública (que no podrán ser objeto de enmienda o modificación en la ley de presupuestos).

Esta segunda reforma constitucional tiene como es fácilmente deducible una gran relevancia pero no ha supuesto un cambio del modelo económico, que se configura en realidad como un ámbito notablemente marcado por la posibilidad de que los poderes públicos puedan desarrollar

.....

5. Una Ley Orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

- a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.
- b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.
- c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.

en un marco constitucional muy amplio sus propias políticas económicas, pues no sólo permite que estén orientadas por principios diferentes, sino que puedan variar para atender, como por lo demás es obvio, a las necesidades coyunturales que se planteen en cada momento. En todo caso, antes incluso de que se produjera la incorporación al proceso de integración europea, las previsiones que permitían una mayor capacidad de intervención al Estado (como las relativas a la planificación) quedaron orilladas, pues más bien se pusieron en práctica políticas liberalizadoras, de privatización de empresas en las que había participación pública, introduciendo competencia en sectores en los que, con anterioridad, había severas restricciones o incluso monopolios de hecho o de Derecho (servicios de comunicación, transporte, energía...).

Más que una presencia directa por tanto de los poderes públicos en los procesos económicos (lo que tampoco significa que, por ejemplo, las empresas de titularidad o participación pública en los diferentes niveles de gobierno estatal, autonómico y local hayan desaparecido por completo, ni mucho menos), las políticas económicas han ido encaminadas a perseguir ciertos objetivos (creación de empleo, atracción de inversiones, sustitución de sectores productivos obsoletos, poco beneficiosos o contaminantes, planes de infraestructura...) mediante técnicas diferentes, no limitadas al gasto con cargo a los presupuestos, ya que incluyen también la previsión de subvenciones, desgravaciones fiscales u otro tipo de ayudas o, de una manera muy destacada, una regulación que en algunos campos ha llegado a ser muy intensa, con la peculiaridad de que se ha encomendado la aplicación o la supervisión de buena parte de estas previsiones a agencias independientes, organismos de carácter administrativo pero no integrados ni dependientes jerárquicamente de la estructura gubernamental, si bien con funciones y, respecto a quienes los integran, mecanismos de designación y estatuto (incompatibilidades, duración del mandato...) que han sido objeto de cierta polémica en torno a la garantía de esa buscada independencia. Sin previsión constitucional alguna sobre su existencia, vienen a desempeñar (sobre todo en su última expresión, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que ha concentrado en

un solo órgano funciones que antes se repartían entre otros seis) un papel fundamental para garantizar y promover el correcto funcionamiento de los mercados y de los sectores productivos, conforme a principios de transparencia, competencia efectiva y regulación eficiente.

Téngase en cuenta que entre esos instrumentos de actuación pública en la economía ya no está la política monetaria, como fruto de la desaparición de la moneda nacional (la peseta) y su sustitución por una moneda común que han adoptado la mayoría de los países de la Unión Europea (el euro), entre ellos España. Por esta razón, este tipo de decisiones corresponde ahora a las instituciones europeas y, señaladamente, al Banco Central Europeo, en cuyo ámbito de competencias se encuentra velar por la estabilidad de precios y el valor adquisitivo de esta moneda.

Esta apertura constitucional a diferentes concepciones de la economía resulta por lo demás propia de una norma de este tipo, que debe asumir una visión plural de la sociedad, amén de la dificultad, largamente señalada, para que una constitución recoja con la misma intensidad el orden político y el orden económico. Si se me permite seguir sumando tópicos, cabría también señalar la complejidad que presenta el “gobierno de la economía”, mucho más en un contexto como el actual, de globalización y constantes innovaciones tecnológicas.

Por este conjunto de motivos, la intervención de los poderes públicos se ha intentado centrar en alcanzar ciertos objetivos, en conexión con el intento de consolidar y extender el Estado social y, con ello, el reconocimiento con mayor plenitud de ciertos derechos directamente relacionados con esa fórmula. En primera línea, como ya se ha citado, cabe incardinar aquí las políticas de fomento del empleo, pues España ni siquiera en ciclos favorables de la economía ha conseguido alcanzar índices bajos de población desempleada, problema que afecta de forma especialmente grave a algunos sectores (mujeres, jóvenes...); también se han dirigido a mejorar la protección social no sólo de grupos desfavorecidos (pensionistas, dependientes...) sino de la población en general (ampliando la cobertura de la Seguridad Social) o a facilitar el acceso a servicios públicos esenciales

con los que se articularía el ejercicio de derechos reconocidos en la Constitución (sanidad, educación...).

Sin entrar en este informe a evaluar los logros alcanzados, hay que tener en cuenta que se ha dado preferencia a estos o a otros objetivos que se pudieran señalar (con reconocimiento constitucional o no y, si lo hay, con diverso grado de intensidad) y que se han perseguido con políticas diferentes no sólo en función de las mayorías políticas que se han ido conformando, más favorables o no a contar con un mayor o un menor gasto público, sino también de la sucesión de ciclos de expansión, de crecimiento y creación de riqueza, y de otros de contracción, pues desde la aprobación de la Constitución, generadas por factores diferentes, ha habido que hacer frente a varias crisis económicas, como la que en el momento de redactar estas líneas afecta no sólo a España por la pandemia de la COVID-19.

3. Modelo político y sistema de gobierno

Según el artículo 1.2 CE, la forma política del Estado es la Monarquía parlamentaria, adjetivo que responde a la pregunta sobre la definición del sistema de gobierno. Como es lógico, esta caracterización general se concreta en otras partes de la Constitución, conforme a la variante del denominado *parlamentarismo racionalizado*, tendente a garantizar la formación del ejecutivo y la estabilidad gubernamental. Por lo que se refiere a la primera cuestión, conviene señalar que tras cada renovación del Congreso de los Diputados o en otras circunstancias en las que la Presidencia del Gobierno esté vacante (fallecimiento, dimisión, pérdida de una cuestión de confianza) debe abrirse un proceso de investidura en el que, conforme al artículo 99¹⁸, el rey ha de proponer a una persona para que exponga ante esa

.....
18 Artículo 99.

1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

cámara su programa de gobierno y solicite su confianza, que puede recibir por mayoría absoluta o, en una segunda votación, simple, caso en el cual procedería su nombramiento como titular de la Presidencia del Gobierno y, conforme a su propuesta, el del resto de integrantes del Gobierno en calidad de titulares de un ministerio o, si cree conveniente crearlas, de una o varias vicepresidencias. El trámite es de singular importancia, porque en caso de que ninguna candidatura recibiera esa votación favorable de investidura en el plazo constitucionalmente previsto se disuelven ambas cámaras y se convocan elecciones.

En cuanto a la retirada de la confianza, se puede articular por iniciativa parlamentaria o gubernamental, conforme a los procesos de moción de censura o de cuestión de confianza, respectivamente. La moción de censura (artículo 113¹⁹) es de carácter constructivo: la décima parte de los miembros del Congreso, al presentarla, tienen que incluir una candidatura alternativa a la Presidencia del Gobierno, de modo que el desarrollo del debate parlamentario y de

.....

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.
3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.
4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.
5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el referendo del Presidente del Congreso.

19 Artículo 113

1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.
2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno (...)

la votación está marcado simultáneamente por ese doble objetivo, censurar al Gobierno por un lado, investir a un nuevo titular del ejecutivo por otro, teniendo en cuenta que sólo hay una votación que exige mayoría absoluta: de obtenerla, se producen ambos efectos. En cuanto a la cuestión de confianza (artículo 112²⁰), es un instrumento del que dispone discrecionalmente quien presida el Gobierno, por lo que en realidad está pensado para ratificar la confianza parlamentaria, hasta el punto de que se resuelve por mayoría relativa de votos. También se configura como una potestad presidencial la disolución anticipada de las cámaras, de ejercicio discrecional (artículo 115²¹).

En cuanto a la estructura del parlamento, las Cortes Generales son bicamerales: están integradas por el Congreso de los Diputados y por el Senado (artículo 66.1²²). Eso sí, el bicameralismo no es perfecto, pues tiene un papel mucho más destacado el Congreso: además de que es la única cámara que otorga y retira la confianza, como se acaba de ver, decide en exclusiva sobre otras

.....
20 Artículo 112

El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados.

21 Artículo 115

1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

2. La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura.

3. No procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5.

22 Artículo 66

1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

3. Las Cortes Generales son inviolables.

cuestiones (convalidación de decretos-leyes, autorización de convocatoria de referéndums, control de estados excepcionales) y en funciones en las que ambas cámaras tienen que participar, como ocurre con el procedimiento legislativo de manera más destacada, en caso de que haya voluntades discrepantes tiene mecanismos para decantar esa divergencia de su lado sin excesiva dificultad. El Senado, definido como cámara de representación territorial (artículo 69²³20), no tiene por lo demás ni un modelo de elección ni unas pautas de organización interna ni unas funciones que se puedan considerar adecuadas a ese cometido, algo lógico si se recuerda que la organización territorial no figura de un modo acabado en la Constitución.

No hay otros órganos legislativos, pero el Gobierno tiene reconocida la facultad de dictar normas (“decretos”) que en ciertas condiciones pueden tener rango de ley, razón por la cual se denominan “decretos-leyes” o “decretos legislativos”. Responden a circunstancias diferentes, pues los segundos sólo se pueden dictar previa delegación de la potestad legislativa por las Cortes Generales, para materia concreta y en el plazo fijado, atendiendo a las bases y criterios fijados por la ley por la que se efectúa la delegación (artículos 82 a 85²⁴). Los segundos, que han sido mucho más habituales, sólo

.....
23 Artículo 69

1. El Senado es la Cámara de representación territorial.
2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica (...) 6. El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

24 Artículo 82.

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.
2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

se pueden dictar, conforme al artículo 86²⁵, en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad (presupuesto habilitante

.....
3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

Artículo 83.

Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

- a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.
- b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

Artículo 84.

Cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto, podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación.

Artículo 85.

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos.

25 Artículo 86

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

interpretado de manera no restrictiva por el Tribunal Constitucional), con un carácter provisional (en el plazo de 30 días tienen que someterse a la convalidación del Congreso) y sin que puedan afectar a ciertas materias (derechos, organización territorial, régimen electoral..., si bien tampoco en este punto el Tribunal Constitucional ha sido excesivamente restrictivo).

Como corresponde a un régimen parlamentario, el Gobierno y el Congreso son órganos que guardan mucha relación, no explicable sólo en términos de estricto control (algo sobre lo que me extiendo luego). En este punto hay que considerar, junto con esa definición del sistema de gobierno y cuando menos con la misma importancia la proyección de la *democracia de partidos* sobre esta estructura institucional: las preferencias del cuerpo electoral se vehiculan por las formaciones políticas que articulan mayorías de gobierno que sostienen al ejecutivo, de modo que, teóricamente, tienen como objetivo la puesta en práctica de un programa electoral que ha recibido ese mayor apoyo popular. Por concretar en algunos aspectos esa interacción, la presencia de los miembros del Gobierno en las cámaras es constante (son sujetos del debate, presentan iniciativas) y puede oponerse bajo ciertas condiciones a la tramitación de algunas propuestas parlamentarias (por afectar a la ejecución del presupuesto, por ejemplo: artículo 134.6).

En relación al control entre órganos, es el propio de un sistema de corte parlamentario, recogiendo además esa preocupación por la gobernabilidad. De este modo, se proyecta no sólo como *sanción*, articulable por la vía de la moción de censura o la cuestión de confianza con el objeto de remover al Gobierno, sino también como *fiscalización*, destinado a comprobar cuáles son los fines de las políticas gubernamentales, los medios que pone para alcanzarlos y las personas que considera adecuadas para llevarlas a cabo. En este segundo aspecto, la Constitución prevé una variedad de instrumentos (preguntas, interpelaciones, comparencias, mociones, proposiciones no de ley...) de muy diferente alcance

(artículos 109 a 111²⁶): algunos se limitan a propiciar un breve debate bilateral sobre un asunto puntual (al modo de las ‘*question time*’), otros pueden dar lugar no sólo a intervenciones más amplias y plurales sino también a la adopción de algún acuerdo en el que la cámara manifiesta su voluntad. Se suele incluir entre estos mecanismos de control la creación de comisiones parlamentarias de investigación (artículo 76²⁷), dotadas de amplios poderes para recabar información y solicitar comparecencias, pero cuyas conclusiones no vinculan lógicamente a los tribunales. No existe “juicio político”, porque la responsabilidad penal sólo se exige ante los tribunales de justicia (aunque ciertos delitos de suma gravedad

.....
 26 Artículo 109

Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Artículo 110

1. Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno.
2. Los miembros del Gobierno tienen acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus Departamentos.

Artículo 111

1. El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpellaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras. Para esta clase de debate los Reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal.
2. Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición.

27 Artículo 76:

1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.
2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.

sólo son perseguibles por iniciativa parlamentaria, en los términos del artículo 102 CE²⁸).

En ninguna de estas materias ha habido reforma constitucional.

En cuanto a la evaluación del modelo, el mecanismo de formación de Gobierno se había puesto en práctica hasta fechas recientes de manera similar, poco polémica: tras cada convocatoria electoral el partido más votado y con más escaños en el Congreso había llevado a quien lo lideraba a la Presidencia del Gobierno, conformándose ejecutivos homogéneos, monocolors (con independencia de que ese grupo contara con la mayoría absoluta o no), a cuyo frente se situaba quien había encabezado la oferta electoral y lideraba al mismo tiempo su formación política (con la breve excepción del último periodo de gobierno de la UCD a principios de los años ochenta). Para que ello ocurriera había sido factor de indudable relevancia el sistema electoral con el que se elige a quienes forman parte de esa cámara, en buena medida recogido en la propia Constitución (artículo 68²⁹), que había beneficiado a los dos grandes partidos de ámbito nacional, sobre todo porque la mayor parte del elevado número de circunscripciones existentes no cuenta con muchos escaños, lo que había dificultado que obtuvieran representación los partidos con respaldo menor.

.....
28 Artículo 102:

1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

29 Artículo 68:

1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley (...)
3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional (...).

Esta dinámica, marcada por una competencia bipartidista y con un fuerte componente presidencial (presente este último de manera expresa en la Constitución, no sólo en la manera en que se obtiene la confianza sino también en las potestades que se atribuyen no al Gobierno, sino a quien lo preside), se ha relativizado si no transformado en las últimas convocatorias electorales. No porque hayan cambiado las normas que regulan esa competencia, sino por la aparición de nuevas fuerzas políticas con el apoyo suficiente para superar esas dificultades, de modo que a una representación que tendía a concentrarse en dos grandes partidos le ha sucedido una caracterizada por una mayor fragmentación, factor al que hay unir que la deriva independista de (algunos) partidos nacionalistas les ha alejado de esa implicación en la gobernabilidad del Estado.

Por esa razón, desde 2015 se ha abierto una etapa en la que cabe registrar varios fenómenos hasta entonces inéditos: ha prosperado una moción de censura, produciéndose por primera vez una sustitución en la Presidencia del Gobierno por este motivo (lo que dio lugar a la constitución de un gobierno integrado exclusivamente por miembros de la segunda formación política de la cámara en número de escaños); ha habido que aplicar, ya en dos ocasiones, la previsión de disolver las cámaras y convocar elecciones por no haber conseguido el respaldo suficiente ninguna candidatura a la Presidencia del Gobierno; se ha formado también por primera vez un gobierno de coalición (que por lo demás es minoritario, porque las formaciones que lo integran no suman la mayoría absoluta).

Todo ello, como se ha dicho anteriormente, sin reforma constitucional (ni legal) alguna, pero propiciando un intenso debate que abarca tanto el sistema electoral (¿para hacerlo más mayoritario, propiciando un cierto retorno a la situación anterior, o más proporcional?) como al proceso de investidura (papel del rey, sistema de votación y cláusulas de cierre), que apenas cabe dejar apuntado en este momento.

Más constante es la valoración que hay que dar del bicameralismo al que da lugar la existencia del Senado: esta cámara no ha encontrado apenas su lugar en el sistema político. No responde a esa idea de

representación territorial porque la elección de la mayor parte de sus integrantes es simultánea a la del Congreso y el voto está orientado con las mismas preferencias (aunque el uso de un sistema electoral diferente, también constitucionalizado en buena medida, puede generar resultados diferentes de una a otra cámara); sólo una quinta parte de sus miembros son designados por las asambleas de las comunidades autónomas, pero no actúan como representantes de sus territorios, por lo que el debate y las votaciones en esta cámara atienden a las mismas pautas que en el Congreso... Funciona en realidad como cámara de segunda lectura, pero poco relevante: en las escasas ocasiones en las que han tenido una orientación diferente, el Congreso ha impuesto su criterio, lo que ha contribuido a hacerla más bien irrelevante.

A mediados de los años noventa, sin modificar la Constitución, se quisieron introducir mecanismos para propiciar que sus debates tuvieran un mayor componente territorial, con presencia de los gobiernos autonómicos, pero apenas se pusieron en práctica. Eso sí, muy recientemente ha ejercido por primera vez la única función que le asigna la Constitución en este ámbito: autorizar al Gobierno la adopción de medidas extraordinarias (ya descritas en un apartado anterior) conforme al artículo 155. Se mantiene abierta por tanto la cuestión, ya casi permanente, sobre la necesidad de reformar esta cámara, si se sigue considerando necesaria su existencia, para darle esa orientación territorial, con diferente composición, funcionamiento y competencias respecto al Congreso.

Siguiendo el mismo orden en el que se han expuesto otros aspectos, cabe también destacar que el recurso a las potestades legislativas del Gobierno en caso de urgencia, aparentemente configuradas con un carácter extraordinario, ha sido más bien habitual, con una tendencia al crecimiento que en el último decenio arroja cifras muy altas (en periodos en los que la aprobación de las iniciativas gubernamentales era sencillo –por contar con un respaldo mayoritario– y también en situaciones como la actual, en la que no existe un apoyo de tal alcance). El menoscabo de la función que define al legislativo es notorio, por más que se haya adecuado a unos criterios jurisprudenciales ciertamente generosos, aunque últimamente

se haya detectado cierta tendencia a exigir algo más de rigor en la justificación de esas circunstancias especiales.

Por último, respecto a los mecanismos de control, que encajan adecuadamente con esa visión racionalizada del parlamentarismo, quizá haya que apuntar que su consideración como derechos de las minorías, una vía en la que ha incidido particularmente la jurisprudencia constitucional cuando ha entrado en el control de actos parlamentarios, no se ha generalizado para todas las iniciativas que se pudieran incluir en esa dimensión del control como fiscalización, por lo que convendría reforzarla mediante la reforma de las normas internas de las cámaras parlamentarias que regulan su presentación, admisión a trámite y desarrollo.

4. Democracia y participación

De forma expresa, al reconocer como derecho fundamental el de participación en los asuntos públicos, la Constitución menciona que ésta puede tener lugar de manera directa o mediante la elección de representantes (artículo 23). Más allá de esta recepción de las dos maneras en las que tradicionalmente se ha entendido la democracia (y la participación política), el principio democrático se hace efectivo predominantemente sobre bases representativas, en el marco de un sistema parlamentario de gobierno, como se analizó en un punto anterior. La democracia directa, sin perjuicio de lo que se diga a continuación, tiene un lugar muy secundario, en la medida en que se quiso dar preferencia, por razones que ya se han apuntado también con anterioridad, a la estabilidad gubernamental en el marco de una democracia de partidos, objetivo que se consideró podía resultar afectado si los mecanismos de democracia directa se iban a ejercer de manera habitual y efectiva. En definitiva, se participa sobre todo mediante la elección de representantes por sufragio universal, en procesos electorales libres y periódicos.

Propiamente, instrumentos de democracia directa sólo aparecen recogidos en la Constitución el referéndum y, con un carácter limitado al ámbito local, el concejo abierto. Del primero se recogen a su vez varias modalidades, pues está previsto en primer lugar para

la reforma constitucional (en función de la parte afectada, será obligatorio convocarlo en todo caso o a petición de una fracción de las cámaras: artículos 167 y 168³⁰) o para la reforma de algunos estatutos de autonomía (artículo 151); de tipo diferente es la previsión para consultar sobre “decisiones políticas de especial trascendencia” a iniciativa de quien presida el Gobierno y con autorización previa del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta (artículo 92³¹).

El concejo abierto (artículo 140³²) es una modalidad de organización de los municipios en los que, en lugar de ayuntamientos integrados por concejales de elección popular (que sería el sistema

.....

30 Artículo 167:

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras (...)
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.
2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

31 Artículo 92:

1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.
2. El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.
3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

32 Artículo 140

La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos

común), el gobierno se ejerce por la asamblea de vecinos, sistema al que sólo pueden acogerse municipios que lo hayan mantenido tradicionalmente o presenten circunstancias que lo aconsejen.

Suele incluirse también entre esos mecanismos la iniciativa legislativa popular (artículo 87.3³³), pero en realidad no se corresponde con esta categoría, ya que apenas permite presentar una propuesta articulada para su debate por las cámaras por el procedimiento común y sin limitar en absoluto no sólo la discrecionalidad para admitir o no esa proposición sino tampoco su capacidad de enmendar y adoptar libremente, en su caso, el texto que consideren más oportuno. Se trataría más bien de un mecanismo de democracia participativa, no directa, sujeto al requisito de recabar 500.000 firmas que lo avalen y a ciertas restricciones formales y sobre todo materiales (no cabe para iniciar reformas constitucionales, en materias reservadas a ley orgánica, internacionales, tributarias, gracia...).

En cuanto a mecanismos de control al poder político por parte de la ciudadanía, no existe el revocatorio (de hecho, la Constitución sigue recogiendo la tradicional prohibición de mandato imperativo respecto a los miembros de las Cortes Generales: artículo 67.2). Téngase en cuenta que el ejecutivo no es (en ninguno de los diferentes niveles territoriales de gobierno) de elección directa, por lo que no podría darse esa revocación (sí, como ya se ha dicho, la exigencia de responsabilidad política por el Congreso de los Diputados, esto es, por la misma cámara que otorga la confianza; mecanismos similares están previstos, con contornos muy parecidos, tanto en el ámbito autonómico como en el municipal). Tampoco

.....

por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto.

33 Artículo 87.3

Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

el sistema electoral que se utiliza en prácticamente todos los procesos electorales (proporcional en distritos plurinominales con listas cerradas y bloqueadas) posibilita la revocación de representantes. El control del poder político por la ciudadanía tiene que reconducirse por tanto a la convocatoria periódica de procesos electorales, en los términos apuntados al inicio de este apartado.

No ha habido reformas constitucionales en esta materia.

La valoración de este punto lleva a plantearse una cuestión recurrente en todo análisis sobre el Estado democrático en España, normalmente para poner de manifiesto la escasa relevancia de los mecanismos de democracia directa y la apuesta casi exclusiva por la democracia representativa. Aparte de la influencia que en esta decisión pudieron tener las visiones académicas críticas con la primera de esas concepciones, no hay que olvidar tampoco que fueron instrumentos a los que recurrieron algunas dictaduras para intentar dotarse de legitimidad, más aparente que real (el propio régimen de Franco no fue ajeno por cierto a ese uso del referéndum, votación con la que concluyó la aprobación de algunas de sus “leyes fundamentales”). Además, algunas experiencias cercanas en el tiempo y en el espacio, en un contexto innegablemente democrático, también habían hecho presente tanto el peligro de utilizarlo de manera plebiscitaria (su convocatoria para ratificar la permanencia en el poder de quien lo convoca, al margen de la cuestión concreta a la que hubiera que dar respuesta) como la posible instrumentalización contra reformas adoptadas por el parlamento en cuestiones socialmente sensibles y que suscitaban un fuerte rechazo en ciertos sectores con mucha capacidad de movilización.

Todo ello hizo que se rechazaran formulaciones algo más generosas con la puesta en práctica del referéndum, circunscrito en la Constitución (al margen de algunas previsiones para los momentos iniciales del proceso autonómico), como se ha señalado, a dos supuestos: si resulta especialmente adecuado para la ratificación de reformas constitucionales o estatutarias (que no han sido muy frecuentadas: de hecho, ninguna de las dos reformas constitucionales afectaba a esas partes en las que es

obligatoria su convocatoria y las minorías parlamentarias no lo demandaron en el primer caso y no alcanzaron el apoyo suficiente en el segundo; tampoco todas las reformas de estatutos de autonomía tienen que concluir con un referéndum entre el censo electoral de la comunidad autónoma afectada), es más problemático el sentido de ese referéndum “consultivo”, sobre “decisiones políticas de especial trascendencia”, de iniciativa presidencial... Aunque en la práctica no ha tenido mucha relevancia (apenas se ha convocado en dos ocasiones), sólo parece claro cuál es el proceso: quien presida el Gobierno ha de solicitar autorización al Congreso de los Diputados, que la tiene que otorgar por mayoría absoluta (en realidad por tanto no es posible que desde el ejecutivo se convoque para conseguir que una iniciativa que se prevea pueda ser rechazada por la cámara obtenga respaldo popular, porque en ese caso lo más probable es que no autorizara la convocatoria; y si se cuenta con apoyo parlamentario, ¿cuál es la razón para convocar un referéndum?). Sobre su objeto y efectos, la redacción del artículo 92 genera más dudas que certezas: no forma parte de un proceso de aprobación (o de abrogación) de normas, por lo que queda al juicio discrecional de la Presidencia del Gobierno y del Congreso determinar cuáles son las cuestiones a consultar (que han sido la permanencia de España en la OTAN y la aprobación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), de modo que corresponda posteriormente a las instituciones competentes acordar las medidas necesarias para que el resultado del referéndum se haga efectivo (aunque no haya ningún mecanismo que lo asegure). En fin, dado que en el primero de los casos se votó además en un clima más bien plebiscitario (en torno a la continuidad de quien presidía el Gobierno), no se puede considerar una experiencia muy productiva ni llamada a ser utilizada habitualmente en el futuro.

Cabe señalar eso sí que es posible que por vía legal se sumen nuevas modalidades (ya está de hecho incorporado en el régimen local, en el que también requiere acuerdo mayoritario del ayuntamiento, se limita a cuestiones de competencia municipal –salvo las de Hacienda– y debe ser autorizado previamente por el Gobierno central), condición que no tienen las “consultas populares”

incorporadas en algunas comunidades que han reformado recientemente sus estatutos de autonomía: no son referéndums en tanto llamamiento al cuerpo electoral para que se manifieste la voluntad popular, por lo que sólo pueden tener un alcance sectorial, no general (lo que hay que poner en relación con los asuntos que se han comentado al final del análisis del apartado 1).

En definitiva, en ese debate sobre democracia representativa/directa, que en realidad hay que plantear partiendo del carácter complementario de esta última, esto es, de que el sistema de gobierno, al menos hasta la fecha, se desenvuelve sobre esa base representativa, en la cual se pueden introducir de manera más generosa o cicatera (o incluso no preverlos en absoluto) instrumentos que permitan al cuerpo electoral adoptar decisiones, la opción de la Constitución ha sido puesta en cuestión en tiempos recientes, en los que han vuelto a formularse las también tradicionales posiciones críticas respecto a la democracia representativa (con reflejo en un sector de la opinión pública que ha hecho suyos lemas como la reclamación de una “democracia real” frente a quienes “no nos representan”). Alguna iniciativa de reforma constitucional se ha llegado a formalizar para ampliar las posibilidades de convocatoria de referéndums, así como para reducir las restricciones a la iniciativa legislativa popular (que, como se deduce de lo apuntado en la primera parte de este apartado, tampoco ha sido nada relevante), sin que hasta la fecha haya sido objeto siquiera de debate.

En realidad, los “problemas sobre el sistema democrático”, si fuera posible esta generalización, han estado conectados en España más con el sistema electoral que se utiliza o con la posición que ocupan los partidos en las instituciones que con el mayor o menor reconocimiento de la democracia directa o la posibilidad de controlar directamente a quienes ejercen el poder. No son asuntos que aparezcan en este cuestionario, pero tienen su influencia en cuestiones que quedan reflejadas en otros apartados, por lo que ahora sólo cabe recordar que la participación se realiza en el marco de un sistema

parlamentario de gobierno que se ha conformado bajo la fórmula de la democracia de partidos (a cuya relevancia constitucional alude el artículo 6³⁴). Son estas organizaciones las que protagonizan los procesos electorales, en la medida en que queda determinados por su oferta personal y programática, entre la que tendrá que optar el cuerpo electoral. En estas elecciones la posibilidad de configurar el voto es muy reducida: en casi todos los casos queda circunscrita a decantarse por la candidatura de una formación política, sin posibilidad de alterar el orden propuesto ni de combinar nombres de candidaturas diferentes ni expresar ninguna otra preferencia. Dado que tampoco es obligatorio abrir procesos de selección ni siquiera entre la propia militancia (sea mediante elecciones primarias o cualquier otra alternativa), corresponde a la dirección del partido, incluso en ocasiones en exclusiva a quien lo lidera, la confección de las listas, por lo que no son organizaciones caracterizadas precisamente por un rico debate interno (ni, todo hay que decirlo, el electorado parece respaldar a formaciones con excesiva pluralidad...).

Todo ello afecta obviamente al modo en que las instituciones representativas ejercen sus funciones, pero no hay que olvidar tampoco que, al confiar en que esta participación vehiculada por los partidos contribuiría a dotar de estabilidad al sistema democrático (evitando así que fuera suprimida por la fuerza o incluso utilizando “formalmente” esas mismas vías electorales), se les ha conferido a estas organizaciones un estatuto muy favorable, no tanto para la concurrencia a las elecciones (el registro de partidos no es nada exigente ni tampoco la posibilidad de presentar candidaturas no partidistas) pero sí por ejemplo para disfrutar de una generosa financiación pública, que en realidad es su fuente principal de

.....
34 Artículo 6:

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.

ingresos (no tienen mucha militancia ni tampoco realizan campañas para solicitar aportaciones económicas), lo que no ha propiciado una suficiente transparencia sobre su situación económico-financiera ni tampoco evitado la aparición de numerosos casos de corrupción (sólo en parte relacionados por lo demás con la financiación partidista), cuyo efecto sobre el juicio que merecen instituciones y otros agentes del proceso político es obviamente muy negativo.

5. Justicia Constitucional

La Constitución creó un Tribunal Constitucional (título IX) al que encomienda en exclusiva la declaración de nulidad de las normas *con rango de ley*, sin perjuicio de que exista, como ahora se verá, un proceso de control que pueden suscitar los tribunales de justicia cuando tengan dudas sobre la constitucionalidad de una norma que tengan que aplicar para resolver un proceso y que tenga esa condición. Quiere decirse con esto que garantizar “la vigencia de la Constitución” es tarea que compete en último término a este Tribunal, pero que también el resto de tribunales debe asegurar que se respeta la supremacía constitucional, respecto a todo tipo de actos y normas, si bien el control de algunas –leyes, tratados internacionales, reglamentos parlamentarios– sólo corresponde al Tribunal Constitucional, único que podrá declararlas nulas.

Se trata de un órgano de naturaleza jurisdiccional (dicta sentencias a instancia de parte y con una argumentación jurídica), pero no integrado en el Poder Judicial y cuyos miembros, a diferencia de quienes forman parte de la carrera judicial (cuya selección se basa en criterios de mérito y capacidad y tienen una vinculación permanente a esa Administración), son designados entre juristas de reconocida competencia por un periodo limitado (aunque extenso: 9 años) por diversos órganos del Estado (ocho las Cortes Generales, dos el Gobierno y dos el Consejo General del Poder Judicial), con ciertas garantías de imparcialidad (imposibilidad de reelección, mayorías reforzadas para la designación parlamentaria, incompatibilidades,

inamovilidad durante su mandato...), todo ello de conformidad con el artículo 159³⁵.

Como se deduce del apartado anterior, el control por lo que se refiere a las normas que tengan esa especial condición es *concentrado*, reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional, en los términos que en el siguiente punto se mencionarán. No ocurre lo mismo con normas de rango reglamentario o con meros actos de autoridades o particulares, cuyo “control de constitucionalidad” (o legalidad) pueden y deben realizar los tribunales de justicia, tanto mediante impugnación (control directo) como por inaplicación (control incidental), en los términos previstos para cada norma o acto en función de su rango y órgano que lo produce.

El control que realiza el Tribunal Constitucional sobre las normas que tienen este *privilegio jurisdiccional* se despliega mediante dos tipos de procesos, configurados mínimamente en los artículos

.....
35 Artículo 159.

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.
2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.
3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.
4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.
En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.
5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

161 a 163³⁶. El primero responde a la idea de control *directo*, mediante recursos contra la norma que sólo pueden presentar órganos o fracciones de órganos (quien presida el Gobierno, 50 miembros del Congreso o del Senado, Defensor del Pueblo, órganos legislativos o ejecutivos de las comunidades autónomas: no por tanto particulares, sean personas físicas o jurídicas) y se suscita ‘a posteriori’ (con la salvedad que ahora se indica), de manera inmediatamente posterior a la aprobación de la norma (en un plazo de tres meses). El segundo responde a la idea de control *incidental*, mediante cuestiones que pueden plantear, como ya se ha apuntado, tribunales de justicia que, al concluir un proceso, encuentren que el fallo que vayan a dictar depende de una norma cuya constitucionalidad les suscita dudas y se trata de una de aquéllas cuya nulidad sólo puede declarar el Tribunal Constitucional; como no pueden dejar de aplicarla, elevan esa cuestión (incidente) con el consiguiente efecto suspensivo del proceso, no de la norma: no pueden resolverlo hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie (la posibilidad de suspender la eficacia de una norma mientras está pendiente el pronunciamiento del

.....

36 Artículo 161

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. (...)

Artículo 162

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas. (...)

Artículo 163

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos. serán suspensivos.

Tribunal Constitucional sobre su validez sólo está prevista para el caso de que una norma autonómica sea objeto de un recurso presentado por quien presida el Gobierno).

En uno u otro caso, la resolución del Tribunal se adecúa a la idea de control *abstracto*: una declaración general acerca de la validez o nulidad de la norma, en la medida en que sea compatible o no con la CE.

Además de estos procesos de control de constitucionalidad, el Tribunal también ha de resolver recursos de amparo, cuya finalidad es la protección de (ciertos) derechos fundamentales que cuentan con un nivel reforzado de garantías, los de la sección primera del capítulo II del título I (como luego se verá). Puede ser interpuesto por la persona que ha sufrido la vulneración del derecho y también por el Defensor del Pueblo, pero su desarrollo legislativo lo ha configurado como un proceso de carácter subsidiario y objetivo: para ser admitido a trámite es necesario que se hayan agotado todas las vías procesales pertinentes (lo que no tiene sólo un sentido formal, sino también material: además de haber presentado los recursos pertinentes, hay que haber alegado en esas instancias la vulneración del derecho) y también acreditar que hay una “especial relevancia constitucional” en que el Tribunal se pronuncie, más allá del interés subjetivo de quien presenta el amparo.

Por último, el Tribunal también resuelve conflictos de competencia, con especial relieve para las controversias de ámbito territorial suscitadas entre el Estado y las comunidades autónomas, siempre con referencia a normas de rango reglamentario o meros actos.

En relación con los tipos de control, no hay control *obligatorio* de ninguna norma, ni anterior ni posterior, ante el Tribunal Constitucional. El control *previo* sólo está previsto en la Constitución para los tratados internacionales), configurado procesalmente de manera diferente a los recursos: sólo pueden suscitarse el Gobierno o una de las cámaras (no queda a disposición de minorías por tanto) una vez esté fijado el texto definitivo pero antes de que vaya a ser ratificado por el Reino de España. Estos requerimientos (que no recursos) se

resuelven por el Tribunal no mediante sentencia, sino mediante declaración, que tiene igualmente un carácter vinculante (no es de alcance meramente consultivo): si concluye que hay contradicción entre las previsiones del tratado y la Constitución, sólo cabría la ratificación previa reforma constitucional (así lo dice el artículo 95³⁷, aunque caben otras soluciones: renegociar el tratado o renunciar a incorporarlo al ordenamiento jurídico español).

En la ley orgánica que regula el Tribunal se ha incorporado recientemente otra modalidad de control previo, relacionada con la reforma de estatutos de autonomía. Cuando haya concluido su tramitación parlamentaria pero antes de su sanción regía en todo caso o, si fuera necesario para concluir la reforma (aspecto de especial interés), antes de que se someta a referéndum, se puede presentar este tipo de recurso por alguno de los sujetos legitimados para recurrir que se mencionan en el punto anterior; de alegar esta disposición, no podrá realizarse ningún trámite (sea la mera sanción o el aludido referéndum) hasta que el Tribunal resuelva, por lo que la eventual entrada en vigor de la reforma estatutaria quedaría condicionada a una previa declaración de conformidad.

No ha habido reformas constitucionales en esta materia, pero sí, como ha quedado reflejado en la parte descriptiva, varias modificaciones legales de suma importancia.

Son varios los aspectos que se pueden considerar en el apartado crítico, pero antes de avanzar en el análisis del sistema de justicia constitucional habrá que señalar que la jurisprudencia constitucional ha sido decisiva para el desarrollo del Estado autonómico (como ya se ha apuntado) y para integrar el régimen jurídico de los derechos fundamentales y de sus garantías (como en parte se verá en el siguiente punto), por destacar

.....
37 Artículo 95.

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

dos aspectos materiales en los que el texto constitucional, por razones coyunturales o no, dejaba más *cuestiones abiertas*.

En cuanto a la configuración de la justicia constitucional, hay que prestar atención en primer lugar a la composición y forma de designación del Tribunal Constitucional. Al margen de otras cuestiones (el número par, por ejemplo, puede ocasionar que una resolución cuente con el mismo número de opiniones favorables y contrarias, lo que hace necesario prever un voto de calidad de quien presida el Tribunal o sala para resolver posibles empates), ha sido objeto de amplia discusión la atribución a otros órganos de esta designación, en tanto algunos (sobre todo las Cortes Generales y el Gobierno) están ocupados por formaciones políticas. En realidad, el problema de que estas designaciones recaigan en personas que se pueda pensar se limitan a hacer valer en esas instituciones los intereses del partido que las hayan propuesto (la llamada *colonización partidista*) no se daría sólo respecto al Tribunal Constitucional, sino también respecto a otros órganos: sin ir más lejos, todos los vocales del Consejo General del Poder Judicial, que propone a dos magistrados constitucionales, son de designación parlamentaria en la actualidad.

No es cuestión de fácil solución y por lo demás no sólo es fórmula que se observa en otros países para decidir la composición de este tipo de tribunales sino que está prevista expresamente la Constitución. Si acaso, cabe señalar que en España el problema se ha presentado de manera algo más atenuada respecto al Tribunal Constitucional: no tanto por la exigente mayoría que ha de respaldar la propuesta (que más bien ha propiciado que se repartan, a modo de cuotas, los puestos a cubrir entre las formaciones que permitan alcanzar ese cualificado quórum) sino más bien por haber previsto que la renovación sea parcial, no íntegra (los mandatos son de nueve años, pero cada tres años cesan cuatro y, por tanto, corresponde en cada ciclo designar bien al Congreso, bien al Senado, bien al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial). Por lo demás, que las decisiones que adopta el Tribunal hayan de tener una motivación en Derecho, por su carácter jurisdiccional, también reduce

esa tentación de, utilizando palabras del propio Tribunal, trasladar “la lógica del Estado de partidos” a ciertos ámbitos de poder de los que debería estar alejada (STC 108/1986).

Entrando ya en las cuestiones procesales, llama la atención la notable restricción de la legitimación, sobre todo para iniciar el control de constitucionalidad sobre normas. Es cierto que, aun con ese *filtro* judicial (la decisión de elevar la cuestión es adoptada exclusivamente por el tribunal del caso *a quo*, pudiendo las partes únicamente suscitar el incidente, que se resolverá en el momento procesal oportuno previa audiencia del Ministerio Fiscal), la cuestión de inconstitucionalidad abre la puerta a un control en cuyo origen puede estar el interés de quien resulte destinatario de la norma, que en ese caso podría (tras la reforma legal de 2007) presentar directamente alegaciones sobre la constitucionalidad de la norma ante el Tribunal Constitucional. En todo caso, se han presentado más cuestiones que recursos, lo que implica que el control se plantea en mayor medida con ocasión de la aplicación judicial de la norma que inmediatamente después de su aprobación (momento en el que sobre todo expresa una oposición radical de una formación política que dispone de esa facultad de recurrir, a la vista del escaso número de recursos presentado por el Defensor del Pueblo). Téngase en cuenta además que la mayor parte de las controversias que se suscitan vía recurso o vía cuestión atienden a problemas relacionados con la distribución de competencias o, si se quiere, de manera más general, con la organización territorial del Estado, materia que habitualmente está llamada a generar conflictos, pero que alcanza en el caso español cotas muy elevadas por las razones apuntadas al inicio de este informe.

Otro problema procesal importante es la acumulación de asuntos, que no responde tanto a los procesos abiertos a instancias de instituciones (recursos, cuestiones o conflictos pueden sumar en torno al centenar en los años que hay una alta conflictividad), sino más bien a los recursos de amparo, que suman varios miles cada año. Estas magnitudes se deben no sólo a que la legitimación en este proceso no está restringida sino sobre todo a que es posible alegar

alguna de las garantías previstas en el artículo 24 CE³⁸, relacionadas con la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción, presunción de inocencia, práctica de prueba, motivación de la resolución judicial...). Aunque, como se ha apuntado, la configuración legal del amparo constitucional ha tratado de evitar considerarlo un recurso, una instancia más a la que acudir (de ahí que la inmensa mayoría de los amparos presentados no se admite a trámite), las cifras se mantienen más o menos constantes. Esto ocasiona que la mayor parte de la tarea de sus magistrados consiste en dictar resoluciones de inadmisión de amparos, lo que genera a su vez que se dilate extraordinariamente la resolución mediante sentencia tanto de los (escasos) amparos que se admiten como de las impugnaciones de normas generales, pues normalmente no recae hasta pasados varios años (a modo de ejemplo, aunque tampoco es lo habitual, han pasado ya diez años desde que se aprobó y recurrió la última regulación sobre el aborto, sin que el Tribunal haya dictado aún sentencia en ese caso).

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

Son numerosos los principios que en esta materia se pueden encontrar a lo largo del texto constitucional. Sin ánimo de exhaustividad, en el artículo 1.1 se reconoce que el Estado social y democrático de Derecho

.....

38 Artículo 24:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

en que se constituye España propugna como “valores superiores” de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Sin salir de ese mismo título preliminar, el artículo 9.2 habilita a los poderes públicos para que adopten las medidas que hagan efectiva la libertad, la igualdad y la participación política. El artículo con el que se inicia el título I, el dedicado a los derechos, hace referencia a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1). Por último, en esta relación de principios cabe destacar que la declaración de derechos propiamente dicha se inicia con el reconocimiento de la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 14).

En cuanto al reconocimiento de diferentes tipos de derechos, ese título I (sin perjuicio de que otras partes de la Constitución también se reconozcan derechos) está organizado en capítulos y secciones, división que no responde exactamente a ciertas categorías, de origen académico y que también se recogen en ciertas normas nacionales e internacionales, sino, de una manera muy relevante (como ahora se verá), para determinar sus respectivas garantías. No se ordenan pues los derechos por razón de su categoría, aunque alguna denominación puede llamar a error: por ejemplo, mientras la rúbrica del capítulo II de ese título es “Derechos y libertades”, la del capítulo III es “Principios rectores de la política social y económica”. No significa eso que en el primero aparezcan sólo derechos civiles (y políticos) y en el segundo sólo sociales, económicos. En todas las divisiones aparecen derechos de tipos diferentes: por ejemplo, en la sección primera del capítulo II figuran el derecho a la vida, la libertad religiosa o la de expresión y el derecho de participación política junto con el de educación, el de huelga o la libertad sindical; en la sección segunda de ese mismo capítulo figuran el derecho a contraer matrimonio, el de propiedad y el derecho al trabajo junto a la libertad de empresa; por último, dentro del capítulo III (los principios) se han recogido el derecho a

la salud, la vivienda, la protección de la familia o el sistema de Seguridad Social, entre otros.

Hay alguna mención, sobre todo en el capítulo III, a derechos de ciertos grupos y minorías: trabajadores españoles en el extranjero, juventud, “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”, tercera edad, consumidores y usuarios. En general, son normas que configuran más bien mandatos a los poderes públicos para que adopten las medidas necesarias para mejorar su situación, con el alcance que ahora se verá.

En cuanto a la posición de los tratados internacionales y su influencia en esta materia, cabe reseñar en primer lugar que en un plano general, respecto a su inserción en el ordenamiento jurídico, se deriva de las previsiones de los artículos 93 a 96³⁹: una vez ratificados por

.....

39 Artículo 93.

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Artículo 94.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

Artículo 95.

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

el procedimiento que sea preciso (en función de su alcance, pueden requerir autorización previa de las Cortes Generales), se incorporan plenamente al ordenamiento y no pueden ser modificados por una ley interna posterior. En el ámbito específico de los tratados sobre derechos fundamentales, hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 10.2⁴⁰, que les dota (con mención expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos) de un efecto *interpretativo* adicional, que ha ido adquiriendo progresivamente mayor densidad, por dos razones: en primer lugar, el elevado número de tratados suscritos en este ámbito (entre ellos, cabe destacar por su alcance general el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea); en segundo, que en muchos de esos convenios se han creado tribunales o (más frecuentemente) otro tipo de órganos no jurisdiccionales y en ocasiones ni siquiera con especialización jurídica a los que se encomienda velar por el cumplimiento de sus disposiciones. Por esta vía, se ha dado lugar a un Derecho internacional de los Derechos Humanos integrado no sólo por las disposiciones de los tratados sino también por la jurisprudencia (destacadamente, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en otro plano, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y estas resoluciones, de diferente alcance, de este tipo de comités, cuya consideración es ineludible por órganos administrativos y judiciales

.....
 Artículo 96.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.
2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

40 Artículo 10.2

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

cuando han de ponderar el alcance del ejercicio o de los límites de los derechos reconocidos en la Constitución.

En relación con la protección de los derechos, en primer lugar y como es obvio, la primera protección viene dada por la propia supremacía constitucional de estas disposiciones en las que se reconocen derechos, que posibilita hacerlas valer en cualquier tipo de proceso incluso frente al legislador (aunque la legitimación para presentar recurso de inconstitucionalidad directo esté muy restringida y no abarque a particulares).

En todo caso, a estas garantías genéricas o comunes en tanto que normas constitucionales, se añadieron otras específicas de muy diferente alcance, pues abarcan desde los requisitos que han de cumplir las normas que regulen derechos (el ejercicio de los derechos del capítulo II está reservado a la ley y, más restrictivamente, el desarrollo de los de su sección primera a ley orgánica, que debe ser aprobada por mayoría cualificada; además, esa regulación debe ser respetuosa con su “contenido esencial”, conforme al artículo 53.1⁴¹) hasta la previsión de instituciones o procedimientos que tratan de reparar las posibles vulneraciones. Entre las primeras, se creó el Defensor del Pueblo, con amplias competencias (supervisa la actuación administrativa para velar por los derechos del título I), pero configuradas conforme a la habitual concepción de “magistratura de opinión”: sugiere, recomienda, eleva informes a las Cortes Generales (a las que corresponde nombrar a su titular y de las que es comisionado: artículo 54⁴²), pero no puede corregir actos ni normas (está

.....
41 Artículo 53.1

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

42 Artículo 54:

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los

legitimado, eso sí, para presentar recurso de inconstitucionalidad y de amparo ante el Tribunal Constitucional, así como habeas corpus).

Ya en el ámbito jurisdiccional, habría que señalar que todo proceso o recurso judicial es una vía apta para reclamar ante la jurisdicción ordinaria, sin que existan tribunales, salas o secciones a los que específicamente se haya encomendado esta tutela como “tribunales de amparo”. Esta posibilidad de acudir a los tribunales hay que modularla, respecto a los principios rectores recogidos en el capítulo III, conforme a la previsión del artículo 53.3, pues su reconocimiento, respeto y protección informará “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, sin que puedan ser alegados ante la jurisdicción ordinaria sino de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Conviene precisar en todo caso que la mayor parte de estos principios están reconocidos en términos más propios de un mandato a los poderes públicos que de un auténtico derecho, sin perjuicio de los problemas que conlleva hacer efectivos *derechos de prestación* que exigen no sólo disponer de ingentes recursos económicos sino también la creación de estructuras públicas (o regular las obligaciones de entidades privadas que podrían ofrecerlos) para asegurar ese objetivo. Ese desarrollo legislativo en algún caso ha llegado a tener bastante intensidad, de modo que han sido normas de rango infraconstitucional las que les han dotado de eficacia al precisar su contenido y prever mecanismos de tutela.

Por último, y volviendo de nuevo a esa sección primera del capítulo II que ya se ha citado varias veces, sólo para los derechos reconocidos en los artículos que la integran está previsto que se articule un procedimiento especial de protección ante los tribunales ordinarios conforme a los principios de preferencia y sumariedad

.....

derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

(artículo 53.2⁴³), que ha dado lugar a la existencia en los diversos órdenes jurisdiccionales (salvo en el penal) de procesos que se tramitarán antes que los ordinarios, con reducción de plazos o supresión de trámites procesales, de modo que su resolución no se demore hasta hacerla incompatible con la efectiva protección de derechos (al menos, de éstos). Además, se han incorporado otras modalidades procesales especiales o incluso procedimientos de tramitación muy breve para proteger sólo algunos derechos o incluso respecto a ciertos actos de ejercicio de estos derechos, siguiendo en buena medida el modelo del habeas corpus (procedimiento cuya regulación por otra parte está expresamente prevista en la Constitución “para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, según su artículo 17.4): es lo que ocurre en relación con la eventual prohibición de manifestaciones o con el recurso contencioso-electoral, por ejemplo (no son tanto procesos para la tutela del derecho de reunión o del derecho de participación política, sino para impugnar actos concretos y dar lugar a resoluciones judiciales en unos pocos días).

La protección reforzada de esta sección primera del capítulo II (respecto al nivel ordinario del resto de ese capítulo, cuyo contenido vincula a todos los poderes públicos: artículo 53.1) se advierte también en que son los únicos que pueden ser objeto de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, con los caracteres peculiares que en el apartado anterior se señalaron.

No están en cambio previstos en la Constitución los recursos ante tribunales internacionales o supranacionales, porque dependen de las previsiones de tratados que se ratificaron con posterioridad a su aprobación.

.....

43 Artículo 53.2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

No ha habido en esta materia reformas constitucionales (sí, ya se indicó al principio, una que incluyó una referencia al derecho de sufragio pasivo de extranjeros con residencia en España, que afectó al título I pero no al sistema de derechos, que es lo que se trata aquí).

Manteniendo estas valoraciones en ese mismo plano general y sin entrar por tanto a evaluar la situación derecho por derecho, las cuestiones que merecen ser cuando menos mencionadas afectan en primer lugar al alcance de esa “declaración de derechos”, de la que se suele destacar su carácter extenso: efectivamente, el título I es el que cuenta con un mayor número de artículos (abarca del 10 al 55), aunque también es verdad que la *parte orgánica*, sumados todos los títulos que regulan instituciones del Estado, superaría a la *dogmática*. Más allá de las cifras (y del juicio que merezca haber incluido unos y excluidos otros, con este o aquel preciso contenido), la cuestión estribaría en determinar si se trata de un catálogo cerrado, agotado, sólo ampliable (o restringible...) mediante la correspondiente reforma constitucional; por cierto, hay que apuntar aquí que la que se pretendiera realizar respecto a una parte de este título I, la sección primera del capítulo II, tendría que seguir un proceso especialmente complicado, por las mayorías que se exigen y por tener que ser respaldado por dos legislaturas diferentes: es el mismo que está previsto para el caso de revisión total o para estas partes a las que, se entiende, quiere dotarse de similar protección: el título preliminar, el título II (“De la Corona”) o estos derechos.

El carácter cerrado o abierto de la declaración de derechos es un debate que no puede ni siquiera sintetizarse aquí, por lo que apenas se apuntará, por un lado, que el Tribunal Constitucional parece decantarse por una posición restrictiva en este punto, quizá por razones más de orden procesal que de fondo: recuérdese que ingresan varios miles de recursos de amparo al año y que uno de los requisitos para admitirlos a trámite es que afecten a los derechos de la sección primera del capítulo I, por lo que al fijar ese criterio no está resolviendo el problema de si se es posible incorporar nuevos contenidos sino más bien decidiendo cómo ha de interpretar ese requisito, que impide alegar no sólo los derechos reconocidos

en otras partes de la Constitución sino tampoco, de forma autónoma, en un tratado; por otro, que esto no impide que por vía convencional o jurisprudencial, sin que quizá se pueda hablar de “nuevos derechos”, en estos ya algo más de cuarenta años de vigencia del texto constitucional se han incorporado nuevas facetas a los derechos constitucionalmente reconocidos, integrando y ampliando su contenido (por ejemplo, en la STC 119/2001 se aborda cómo la “contaminación acústica” puede afectar a los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio).

Por lo demás, algunas propuestas de reforma constitucional de iniciativa gubernamental reciente, aunque no llegaron a plasmarse ni siquiera en proyectos formalmente presentados ante las Cortes Generales, pretendían, más que la incorporación de algún derecho de nuevo cuño al texto constitucional, bien la reformulación de algunos, para dar cabida a esos aspectos de más reciente aparición que van suscitándose en el debate académico, político o social (para adoptar términos más adecuados al contexto actual o precisar las situaciones que habría que atender en relación con personas que sufran alguna discapacidad, por ejemplo), bien la alteración de su régimen de protección, de modo que pasaran a figurar en alguna de las partes que cuenta con un nivel más reforzado, variando su ubicación en este o aquel capítulo o sección, lo que implicaría un mayor grado de justiciabilidad.

En cuanto a los mecanismos de protección, del amparo ante el Tribunal Constitucional ya se ha mencionado que son procesos normalmente de tardía resolución (aunque esa dimensión o interés objetivo que es requisito para que el Tribunal lo admita y se pronuncie hace que se atienda menos a la gravedad del problema concreto que lo suscita). Lo mismo ocurre en realidad respecto a los procesos que se siguen ante los tribunales ordinarios (aunque esta generalización debería ser matizada en cada orden jurisdiccional y casi en cada órgano, evidentemente), en la medida en que la justicia sufre ese problema de manera estructural: incluso con las características procesales de carácter especial que se han mencionado, no alcanzan

siempre a dar una protección que, al menos en el ámbito temporal, se pueda considerar efectiva, mucho menos cuando de derechos fundamentales se trata.

En cuanto a los problemas de los derechos económicos y sociales, van más allá de previsiones sobre su alegabilidad o vinculación, pues no es cuestión que dependa exclusivamente de su ubicación en una parte de la Constitución cuyo nivel de protección parece estar *rebajado* (cosa que por lo demás, ya se ha dicho, no afectaría a todos los derechos de esta categoría). Bastaría entonces, como se acaba de decir, con alterar el lugar donde se encuentran recogidos para que empezaran a ser disfrutados de manera plena, con la posibilidad de acudir en caso contrario a los tribunales, de modo que las resoluciones que dictaran remediarían las carencias que pudieran mantenerse... Obviamente, no es un problema de tan sencilla resolución: sin perjuicio de la existencia de esos diferentes regímenes jurídicos, su efectividad plantea problemas que son comunes a otros ordenamientos jurídicos, en relación con la disponibilidad de recursos económicos, la existencia de una voluntad política para adoptar las medidas necesarias (o para dar preferencia a las que pueden dar eficacia a unos derechos y no a otros) y las condiciones en las que la situación económica va a permitir afrontar los desafíos que supone el reconocimiento de este tipo de derechos, en los términos que ya se indicaron en otros apartados de este informe.

■ GUATEMALA

Aylin Ordóñez Reyna*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía en Guatemala

Guatemala es un Estado fundado en 1524 e independiente desde 1821 que está situado en el istmo centroamericano y posee una extensión territorial de 108,890 kilómetros cuadrados¹. Linda al oeste y al norte con México, al este con Belice y el golfo de Honduras, al sureste con Honduras y El Salvador, y al sur con el Océano Pacífico².

Guatemala es un Estado unitario dividido en 22 departamentos y estos, a su vez, en 340 municipios. Su capital es la Ciudad de Guatemala.

El artículo 140 de la Constitución Política de la República (en adelante, CPR) proclama: «Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo».

.....
* Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Maestra en Derechos Humanos y Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Coordinadora de la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Rafael Landívar. Coordinadora de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

1 PIEDRA SANTA ARANDI, J. (2007): *Geografía visualizada de Centroamérica*, Ciudad de Guatemala: Editorial Piedra Santa, p. 20.

2 Organización de Naciones Unidas Guatemala, *Acerca de Guatemala*, Disponible en: <<https://onu.org.gt/acerca-de-guatemala/>>. [Consulta: 12/12/2020.]

En relación con este precepto, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha señalado: «[...] dicha norma recoge un mandato de singular importancia –refiriéndose al artículo 141–, en cuyo texto se perfilan los principios básicos de un Estado constitucional y democrático de Derecho [...]; de ahí que sea dable indicar que en las escasas dos oraciones del citado artículo se engloben prácticamente los objetivos del orden constitucional entero, significando por ello un precepto con contenido y alcances materiales de alta envergadura para el constitucionalismo guatemalteco en cuanto preconiza, como fin esencial del Estado democrático que se pretende afianzar, la garantía plena del goce y ejercicio de los derechos y libertades [...] de sus habitantes. En tal sentido, el mandato del artículo 140, irreformable en su texto y alcances conforme al artículo 281, hace referencia a un sistema democrático que más que una forma de gobierno, denota una forma de Estado que exige condiciones específicas, las que han de estar sustentadas, primordialmente, en la salvaguardia de la libertad e igualdad como valores superiores; en suma, con referencia directa a los motivos de la acción promovida, las exigencias de un régimen democrático impiden limitar la libre formulación, discusión y expresión de la diversidad de ideas, opiniones y propuestas en el campo político (pluralismo político), a la vez que proscriben cualquier tipo de discriminación basada, precisamente, en el hecho de propugnar o favorecer tales ideas u opiniones [...]»³.

El modelo descrito refleja que el diseño de la estructura jurídico-política del país está basado en el sistema de la democracia representativa. Las más altas autoridades del Ejecutivo –el presidente y el vicepresidente– y los diputados del Congreso de la República son electos por los ciudadanos mediante voto directo en comicios celebrados cada 4 años.

En el caso de la elección de las autoridades del Ejecutivo mencionadas, el artículo 184 del texto constitucional establece: «El presidente y

.....

3 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 13 de agosto de 2015, dictada en el expediente 1732-2014, *Gaceta jurisprudencial* 117. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

vicepresidente de la República serán electos por el pueblo para un período improrrogable de cuatro, años, mediante sufragio universal y secreto. Si ninguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta se procederá a segunda elección dentro de un plazo no mayor de sesenta ni menor de cuarenta y cinco días, contados a partir de la primera y en día domingo, entre los candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas».

En cuanto al Congreso de la República, el artículo 157 de la Constitución dispone: «La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República, compuesto por diputados electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto, por el sistema de distritos electorales y lista nacional, para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos».

Por su parte, el artículo 141 constitucional prevé: «Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida»

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado: «La división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados; el sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente el de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad [...]»⁴.

La Constitución (art. 142) también hace referencia a que, el Estado ejerce plena soberanía, sobre: a) El territorio nacional, integrado por su suelo,

.....

4 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 19 de noviembre de 2007, dictada en el expediente 1312-2006, *Gaceta jurisprudencial* 86. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

subsuelo, las aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos; b) La zona contigua del mar adyacente al mar territorial, para el ejercicio de determinadas actividades reconocidas por el Derecho internacional; y c) Los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos y los existentes en las aguas adyacentes a las costas fuera del mar territorial, que constituyen la zona económica exclusiva, en la extensión que fija la ley, conforme la práctica internacional.

Por lo que respecta a la nacionalidad y la ciudadanía, la Constitución guatemalteca, establece una sección al respecto en el Título III, Capítulo II, y en el artículo 144 constitucional define en estos términos a las personas que se consideran nacionales de origen: «Son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de los funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados. A ningún guatemalteco de origen, puede privársele de su nacionalidad».

Sin embargo, el artículo arriba reproducido debe ser analizado en conexión con lo que establece el artículo 145: «También se consideran guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifestaren ante autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos. En este caso podrán conservar su nacionalidad de origen, sin perjuicio de lo que se establezca en tratados o convenios centroamericanos». Cabe agregar que, en Guatemala están previstas tanto la posibilidad de poseer doble o múltiple nacionalidad como la naturalización. Esta última está reconocida en el artículo 146 constitucional, que reconoce a los naturalizados los mismos derechos que a los guatemaltecos de origen, excepción hecha de las limitaciones que establezca la propia Constitución.

A fin de realizar una breve evaluación del diseño constitucional, cabe observar que la estructura orgánica guatemalteca –regulada en los artículos del 140 al 156 de la Constitución–, está altamente influenciada por los principios axiológicos consagrados en su preámbulo, texto que reconoce y garantiza los derechos inherentes de la persona humana, establece el bien común

como fin supremo a alcanzar y aboga por la armonización de los principios de seguridad y justicia en busca de la paz para todos sus habitantes.

Por otra parte, debe señalarse que el sistema de reforma constitucional se caracteriza por su rigidez. Sus disposiciones pueden ser modificadas por Asamblea Nacional Constituyente cuando se refieren a derechos humanos individuales. La modificación del resto de normas por el Congreso de la República exige el voto afirmativo de dos terceras partes del total de los diputados y la posterior ratificación del pueblo mediante consulta popular (artículo 280 CPR). Sin embargo, existen normas excluidas del proceso de reforma: el artículo 281 del texto de la norma suprema atribuye el carácter de «no reformables» a las disposiciones que definen el Estado de Guatemala, a las que regulan la soberanía, así como a las que protegen el principio de no reelección y garantizan la alternancia en el ejercicio de la Presidencia de la República. Por ello, estas normas, concebidas con el carácter de pétreas (o intangibles) no han sufrido modificación alguna durante los casi 35 años de vigencia de su Constitución⁵.

En consonancia con lo expuesto, la caracterización del Estado contenida en el artículo 140 CPR no podría ser modificada. Cabe señalar que tras la firma de los Acuerdos de Paz en Guatemala, el 29 de diciembre de 1996, se activó un proceso de reformas constitucionales que fueron aprobadas por el Congreso de la República y, después, sometidas a referéndum. El pueblo las «improbó» y, por tal razón, no entraron en vigor. En ese proceso se propuso la modificación del artículo 1º para introducir la siguiente definición de nación: «La Nación guatemalteca es una y solidaria; dentro de su unidad y la integridad de su territorio es pluricultural, multiétnica, y multilingüe». Sin embargo, y como se ha dicho, esta propuesta de modificación no cobró vigencia debido al rechazo del pueblo.

.....

5 Quienes reclaman la posibilidad de reforma de alguna de estas disposiciones argumentan que el artículo constitucional que enumera las normas irreformables no se incluye a sí mismo, por lo que este podría ser modificado –y, con él, alguna de las normas relacionadas–. Se entiende que la finalidad de los legisladores constituyentes fue dotar de rigidez absoluta a estas normas para que no fueran reformables.

Se ha cuestionado que en la normativa de esta sección se reconozca únicamente al español como idioma oficial. El artículo 143 de la Constitución establece: «El idioma oficial de Guatemala es el español», *El precepto*, además, dispone: «Las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación». Al respecto, debe tenerse presente que Guatemala es un país multilingüe en el que se hablan 22 idiomas mayas, además el xinka, garífuna y español, por lo que se ha reclamado el reconocimiento de los idiomas mayas, garífuna y xinka a nivel constitucional. En la citada propuesta de reforma constitucional de 1999, el Congreso aprobó la modificación del artículo 143 y reconoció también como oficiales los idiomas indígenas que estableciera la ley, añadiendo que el Estado los reconocía, respetaba y promovía y enumerando los 22 idiomas mayas, el Garífuna y Xinca. No obstante, como se ha dicho, la reforma fue improbadada en referéndum por la población, por lo que la norma conserva su texto original.

En relación con la ciudadanía, el sistema constitucional la reconoce a los mayores de 18 años (artículo 147 CPR). La Constitución establece también edades mínimas para ejercer cargos públicos: 40 años para ser presidente o vicepresidente de la República (además de la nacionalidad de origen); 30 años para ser ministro de Estado o gobernador departamental; 35 años para ser magistrado de las Salas de la Corte de Apelaciones y 40 para ser electo magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

En 1993, el presidente de la República pretendió disolver el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Constitucionalidad, entre otros órganos, y suspender más de cuarenta artículos de la Constitución. La consecuencia fue la separación del cargo del presidente, y mediante el histórico fallo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de 25 de mayo de 1993, dictado en el expediente 225-1993⁶, se restauró la institucionalidad. En esa ocasión sí se aprobaron las reformas a la Constitución, pero ninguna de

.....

6 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 25 de mayo de 1993, dictada en el expediente 2225-1993, *Gaceta Jurisprudencial* 28. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

las modificaciones introducidas afectó a los temas aquí relacionados, por lo que puede concluirse que el modelo de Estado no ha sido objeto de reforma durante la vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.

2. Modelo económico

En el caso de Guatemala, los constituyentes no instituyeron de manera expresa un modelo económico específico en la vigente Constitución, si bien hay una sección que regula las cuestiones referentes al «Régimen económico y social». Puede, por tanto, afirmarse que esta característica dota al texto fundamental guatemalteco de apertura y flexibilidad.

Por lo que respecta a esta cuestión, es particularmente relevante el artículo 118 constitucional, que establece:

«El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social. Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados».

En esta norma se observan los siguientes principios del régimen económico y social: **i)** justicia social; **ii)** obligación del Estado de orientar la economía nacional hacia el logro de la utilización de los recursos naturales y el potencial humano para incrementar la riqueza, procurar el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional; y, **iii)** actuación complementaria del Estado respecto a la iniciativa privada y la actividad privada.

Dado que los valores esenciales de una economía social de mercado son la libertad y la justicia social, el Estado debe promover un equilibrio entre ambos, tomando en consideración la dignidad de la persona y los derechos sociales que se ha comprometido a garantizar.

Con relación a la justicia social del régimen económico, la Corte de Constitucionalidad ha declarado que «[...] esa actividad debe tender

a lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano para incrementar la riqueza y lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional, complementando ello, si es necesario, con la iniciativa y la actividad privada para el logro de sus fines. La justicia a que se refiere esta norma es aquella que invoca la necesidad de una actividad bien definida, como lo es, la utilización de recursos naturales y recurso humano, con dos fines esenciales: riqueza y pleno empleo... La justicia, es pues, a tenor de esta norma, aquella que tiene como fin el logro del pleno empleo y tiende a la equitativa distribución del ingreso nacional [...]»⁷.

Aunado al texto constitucional relacionado, en el artículo 119, se establecen las obligaciones del Estado relativas al desarrollo del régimen económico, enlistando las funciones propias del aparato estatal orientadas al logro de la justicia social y el aprovechamiento de los recursos naturales y el establecimiento de mecanismos que garanticen una equitativa distribución de ingreso nacional. Esas obligaciones son las siguientes: la promoción del desarrollo económico de la Nación; la descentralización económica administrativa; el aprovechamiento de los recursos naturales; la elevación del nivel de vida de todos los habitantes; el fomento de cooperativas; incentivos a empresas industriales del interior de la República que contribuyan con la descentralización; el impulso de la construcción de viviendas populares mediante sistemas de financiamiento; la evitación de la concentración de bienes; la defensa de consumidores y usuarios; el impulso del desarrollo rural; la protección de la formación del capital, el ahorro y la inversión; la promoción del comercio interior y exterior; el mantenimiento de una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional dentro de la política económica y la creación de las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

.....
7 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 30 de octubre de 2001, dictada en el expediente 1095-2001, *Gaceta jurisprudencial* 62. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Para comprender cabalmente la participación del Estado en las políticas económicas, debe traerse a colación, además de la normativa citada, las disposiciones constitucionales que reconocen la primacía de la persona humana en el preámbulo constitucional y en los artículos 1º, 2º y 3º de la norma suprema, las que hacen referencia al bien común (artículos 1º, 2º, 44 CPR) y las que consagran libertades, las que establecen la obligación del Estado de garantizarlas (artículo 2º CPR) y su reconocimiento como Derecho de sus habitantes (artículo 4º CPR), y el derecho de hacer todo aquello que la ley no prohíbe (artículo 5º CPR).

El apartado de Derechos humanos incluye libertades económicas como la de industria, comercio y trabajo (artículo 43 CPR); así como el derecho al trabajo y libertad de elegirlo (artículo 102).

El artículo 39 del texto constitucional reconoce el derecho a la propiedad en estos términos: «Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos».

Por su parte, el artículo 41 prevé que por causa de actividad o delito político no puede limitarse el derecho de propiedad en forma alguna. Además, se prohíben las multas confiscatorias. Se reconoce, adicionalmente, la propiedad de los derechos de autor o inventor (artículo 42 CPR). Asimismo, se establecen ciertas limitaciones a la propiedad como la expropiación por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobados. En caso de guerra, calamidad pública o grave perturbación de la paz puede ocuparse o intervenirse la propiedad o expropiarse sin indemnización alguna, que deberá hacerse efectiva una vez cese la emergencia (artículo 40 CPR).

Las normas del régimen económico y social regulan también la libre competencia, que incluye la legislación cuya finalidad es controlar (y prohibir) determinadas prácticas desleales como los monopolios (artículo 130) y proteger al consumidor y usuario (artículo 119).

En el marco de las libertades mencionadas, también se prevén regulaciones en resguardo de otros derechos, entre ellos el control de calidad de los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y otros que puedan afectar la salud (artículo 96 CPR); el ordenamiento laboral (fijación del salario mínimo, establecimiento de jornadas de trabajo, días de descanso, pago de prestaciones obligatorias (artículos 102, 103, 104, 106 CPR); o la intervención de empresas que prestan servicios públicos en caso de fuerza mayor y el tiempo estrictamente necesario (artículo 120 CPR).

El artículo 129 Constitucional declara de urgencia nacional la electrificación del país con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, actividad en la que podrá participar la iniciativa privada. Se reconoce de utilidad pública y gozan de la protección del Estado los servicios de transporte comercial y turístico, sean terrestres, marítimos o aéreos (artículo 131 CPR).

Las disposiciones relacionadas con el sistema económico no han sido objeto de reformas durante el tiempo de vigencia de la Constitución.

En cuanto a la evaluación del sistema económico en Guatemala, se ha observado que «el país enfrenta serios desafíos para abordar las causas estructurales que le mantienen como uno de los más desiguales del mundo, con una mayoría de la población en situación de pobreza y pobreza extrema. Mientras el país se ubica como la mayor economía de la región centroamericana, en la dimensión social presenta enormes brechas en los indicadores de nutrición, salud, educación, empleo y bienestar de la población [...]»⁸.

El Banco Mundial señala que Guatemala ha logrado la estabilidad económica debido a una combinación de gestión fiscal prudente, políticas

.....
 8 Sistema de Naciones Unidas en Guatemala (2014): *Guatemala: Análisis de la situación del país*, Oficina de la Coordinadora Residente (OCR), Guatemala, pag. 5. Disponible en: <<https://onu.org.gt/wp-content/uploads/2016/04/Estudio-de-Situacion-Guatemala.compressed.pdf>>

para el control de la inflación y un tipo de cambio flotante administrado, pero que todo ello no se ha traducido en una reducción importante de la pobreza y la desigualdad, ya que es la quinta economía más pobre de Latinoamérica y el Caribe y presenta tasas de pobreza y desigualdad muy altas⁹.

En concordancia con los principios que caracterizan a la economía social de mercado, el Estado implementa medidas como los subsidios a servicios públicos con el objeto de mantener precios al alcance de los habitantes. Tal es el caso del transporte, que recibe un fondo de subsidio a efecto de que el pasaje mantenga un costo accesible hacia la población. También puede citarse el establecimiento periódico –anual– de un salario mínimo que ha de responder a las necesidades vitales de cada trabajador y al mínimo vital que el Estado debe garantizar a través del consenso entre trabajadores y empleadores¹⁰, así como el sistema de banca central, cuyo objetivo es supervisar la estabilidad de las instituciones financieras y la actividad monetaria y que debe intervenir solo en caso de crisis. Si bien todos estos objetivos se orientan a la consecución del bien común y la protección a la persona y se acomodan a la previsión constitucional de una economía social de mercado, la situación económica en Guatemala se caracteriza todavía por las desigualdades económicas que afectan a su población.

En cuanto a la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, si bien están reconocidos al mismo nivel que el resto de las disposiciones que prevén derechos humanos, en la práctica su realización tropieza con una serie de obstáculos como la escasez de recursos estatales, la falta de políticas públicas que los viabilicen o, si estas existen, las deficiencias en su implementación. Se han elevado frecuentes denuncias ante el Tribunal Constitucional en las que se ha alegado la omisión de políticas públicas para proteger los derechos sociales. Por ejemplo, las quejas presentadas por la carencia de políticas para prevenir el cáncer

.....
9 Banco Mundial, *El Banco Mundial en Guatemala, Panorama General*. Disponible en: <<https://www.bancomundial.org/es/country/guatemala/overview>>.

10 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 8 de septiembre de 2015, dictada dentro de los expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015, *Gaceta Jurisprudencial* 117. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

cervicouterino¹¹, por la ausencia de medicamentos e insumos para los pacientes con VIH/SIDA¹², y por la falta de insumos y de personal en los hospitales públicos San Juan de Dios¹³ y Roosevelt¹⁴.

Por otra parte, se ha reconocido la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, enfatizando por principios de progresividad y no regresividad y el respeto al contenido esencial de cada derecho. Sin embargo, la realidad guatemalteca presenta un alto porcentaje de pobreza –29.6 % en pobreza extrema y el 3.6 % en pobreza severa¹⁵–. La ineffectividad de los derechos económicos sociales y culturales se explica, en buena medida, por la gestión de determinados gobiernos cuestionados por actos de corrupción y de desvío de los recursos que deberían financiar los programas sociales, así como por la falta de políticas públicas eficaces debidamente orientadas a lograr su satisfacción. En 2019, Guatemala se situaba en la categoría de desarrollo humano mediano y en el puesto 127 de índice de Desarrollo humano de 189 países¹⁶, disminuyendo una posición respecto a 2018, año en el que ocupó el puesto 126.

En cuanto a los tribunales, si bien se han otorgado protecciones en casos sometidos a su conocimiento, en su mayoría se refieren a casos

.....
 11 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 23 de mayo de 2013, dictada en el expediente 4048-2012, *Gaceta* No. 108. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

12 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 18 de septiembre de 2012, dictada en el expediente 2846-2012, *Gaceta* No. 105. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

13 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 23 de julio de 2012, dictada en el expediente 3501-2011, *Gaceta* No. 105. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

14 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 17 de agosto de 2010, expediente 2643-2008, *Gaceta* No. 97.

15 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Guatemala: La pobreza, reflejo de la exclusión y la inequidad* del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en: <https://www.gt.undp.org/content/guatemala/es/home/ourwork/povertyreduction/in_depth.html>.

16 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La próxima frontera: desarrollo humano y el Antropoceno. Nota informativa para los países acerca del Informe sobre desarrollo Humano, 2020*, pag. 3. Disponible en: <http://hdr.undp.org/sites/all/themes/hdr_theme/country-notes/es/GTM.pdf>.

concretos; en los casos de observancia general, el país no cuenta con oficinas de análisis del impacto económico de las sentencias, o con un procedimiento de previsión que permita considerar los efectos que ocasionan en el presupuesto ni mecanismos de supervisión de su cumplimiento y efectos en la colectividad.

Los fallos en los que se ha reprochado al Estado el incumplimiento de la planificación y la falta de efectividad de los derechos sociales deberían ser tomados en consideración al presentarse a discusión el presupuesto siguiente a fin de que vayan superándose las carencias detectadas para que no se torne recurrente la actuación de la justicia constitucional para subsanar esas omisiones. Sin embargo, el aspecto de formulación del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado sigue siendo un tema complejo en el que no se han considerado cuestiones urgentes y debilidades detectadas en años anteriores. Esto aconteció en el año 2020 cuando se redujo el presupuesto dedicado a los derechos humanos y se amplió a instituciones como el Organismo Legislativo. Los reclamos populares motivaron que el Congreso de la República decidiera archivar ese presupuesto y mantener el del año anterior.

En Guatemala existe un elevado porcentaje de economía informal y hay riesgos de posible concentración económica en un reducido número de la población. Asimismo, los precios de la canasta básica son inestables, la educación no llega a todos y buena parte de la población no tiene acceso a salarios dignos.

Por lo que respecta a la garantía de los derechos, uno de los desafíos para el Estado de Guatemala es superar la situación de pobreza, que conlleva la desnutrición, un precario servicio de salud, un deficiente acceso a educación y la falta de disponibilidad de vivienda digna.

A la Corte de Constitucionalidad se acude cada vez más para formular peticiones que generarán efectos económicos y financieros, tendencia que se agudiza cuando se producen actos omisivos de autoridades a las que compete implementar acciones al respecto.

Todo lo dicho conduce a la conclusión de que alcanzar la justicia social proclamada en el texto constitucional y que debería caracterizar

al sistema económico guatemalteco es un tema complejo. Es necesaria la puesta en marcha de acciones bien encaminadas, responsabilidad y cumplimiento de las facultades asignadas a las diferentes autoridades, así como voluntad política en el diseño efectivo de las políticas públicas. Si bien el marco constitucional contiene una serie de disposiciones que reconocen que el régimen económico se funda en la justicia social, deben implementarse acciones efectivas para alcanzarlo.

3. Modelo político y sistema de gobierno

El artículo 141 de la CPR establece: «La soberanía radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida».

Esta norma ha sido interpretada por la Corte de Constitucionalidad en los siguientes términos: «[...] los principios básicos del Estado de Derecho es la división o separación de poderes, en la que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes (legislar); al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento (administrar justicia); y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar. La división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados; el sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente el de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones como tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad [...]»¹⁷.

.....
 17 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 19 de noviembre de 2007, dictada dentro del expediente 1312-2006, *Gaceta Jurisprudencial* 86. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Por su parte, el artículo 182 dispone: «El Presidente de la República es el Jefe del Estado de Guatemala y ejerce las funciones del Organismo Ejecutivo por mandato del pueblo. El Presidente de la República actuará siempre con los Ministros, en Consejo o separadamente con uno o más de ellos; es el Comandante General del Ejército, representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República. El Presidente de la República, juntamente con el Vicepresidente, los Ministros, Viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno».

Como señala Maximiliano Kestler, el sistema presidencialista previsto en la Constitución responde a la separación rígida de funciones entre los poderes Legislativo y Ejecutivo. Tanto el Congreso como el presidente son electos por el pueblo para un periodo determinado y ambos surgen dotados de la misma autoridad y toman decisiones con independencia; el presidente tiene libertad en nombrar y remover a sus ministros y secretarios de Estado y el Congreso no podría imponer al presidente su dirección política o viceversa¹⁸. Tal sistema presidencial «[...] deriva de la separación orgánica de los poderes, esto provoca también la separación de la legitimidad de los mismos. El presidente no tiene su origen en el Congreso ni depende de él, como en los sistemas parlamentarios, sino tiene una legitimidad democrática que proviene de la elección directa de los Diputados al Congreso (...) Esta independencia de poderes y legitimidades propias, produce una serie de interferencias, relaciones y controles recíprocos, entre ellos, la posibilidad de los ministros de concurrir al Congreso y participar en debates sobre negocios relacionados a su ramo (art. 194 inc. h.); la obligación de presentar anualmente al Congreso, en los primeros diez días del mes de febrero de cada año, la memoria de actividades de sus respectivos ramos, que deberá contener además, la ejecución presupuestaria de su Ministerio (art. 198) y la obligación de presentarse ante el

.....
18 KESTLER FARNÉS, M. (1997): *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, Ciudad de Guatemala: Editorial José Pineda Ibarra, p. 446.

Congreso con el objetivo de contestar las interpelaciones que les formule (art. 199) [...]»¹⁹.

Los organismos del Estado, actúan de forma independiente: **a)** el Congreso de la República integrado por 160 diputados electos directamente por sufragio universal y secreto para un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos (arts. 157, 165, 170 y 171 CPR); **b)** el presidente de la República, que es el jefe del Estado de Guatemala y comandante general del Ejército, ejerce las funciones del organismo ejecutivo por mandato del pueblo (arts. 182 y 183 CPR) y, **c)** el Organismo Judicial integrado por la Corte Suprema de Justicia, las Salas de la Corte de Apelaciones y otros tribunales de justicia (arts. 203 y 204 CPR).

De conformidad con el artículo 157 constitucional, el sistema de organización política parlamentaria es unicameral, si bien la elección de diputados al Congreso de la República se divide en distritos y listado nacional. Así, cada uno de los departamentos de la República constituye un distrito electoral. La Ciudad de Guatemala forma el distrito central y los otros municipios del departamento el distrito de Guatemala. Por cada distrito electoral deberá elegirse como mínimo un diputado. La ley establecerá el número de diputados que corresponda a cada distrito en función de su población. Un número equivalente al 25 % de diputados distritales será electo directamente como diputados por lista nacional. Una vez electos, actúan en el seno del Organismo Legislativo en igualdad de condiciones y no existe, como en otros sistemas, divisiones por Cámaras. Sí hay órganos para su funcionamiento como el Pleno, la Junta Directiva, la Presidencia, la Comisión Permanente, la Comisión de Derechos Humanos, las Comisiones de Trabajo, las Comisiones extraordinarias y específicas y la Junta de Jefes de Bloque. Las funciones constitucionalmente conferidas al Congreso de la República son las siguientes: decretar, reformar y derogar leyes; elegir a determinados funcionarios; aprobar, modificar o improbar

.....
 19 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 18 de febrero de 1992, dictada dentro del expediente 274-91, *Gaceta Jurisprudencial* 23. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

el presupuesto anual de ingresos y egresos del Estado; ratificar un estado de excepción; aprobar los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional (artículos 165, 171 y 172 CPR).

Por su parte el presidente de la República es el jefe de Estado, tiene a su cargo proveer la defensa y la seguridad de la nación, la conservación del orden público, el mando de las fuerzas armadas, la sanción o el veto de leyes, el dictado de disposiciones en caso de calamidad pública y estados de excepción, la presentación del proyecto de presupuesto y su sometimiento al Congreso, la dirección de la política exterior, la reglamentación de leyes y la emisión de las disposiciones para las que haya sido facultado (artículos 182 y 183 CPR).

La finalidad de la separación de poderes es su limitación recíproca, de forma que cada uno de los órganos actúe dentro de la esfera de su propia competencia y constituya un freno y contrapeso a la actividad de los demás. La Constitución establece división de poderes para evitar la concentración del poder en un solo organismo de Estado, distribuyendo su ejercicio entre varios órganos que cooperan en la formación de la voluntad estatal y que al mismo tiempo se limitan y controlan recíprocamente.

A nivel constitucional han quedado establecidos los diferentes tipos de controles interorgánicos.

El artículo 165 de la Constitución enumera las facultades del Organismo Legislativo relacionadas con el tema: i) aceptar o no la renuncia del presidente o del vicepresidente de la República; ii) dar posesión de la Presidencia al vicepresidente en caso de ausencia absoluta o temporal del presidente; iii) conocer con anticipación la ausencia del territorio nacional del presidente y del vicepresidente para los efectos de la sucesión temporal; iv) no reconocer al presidente si, habiendo vencido su mandato, continúa en el ejercicio del cargo; v) declarar que ha lugar o no a formación de causa contra el presidente y vicepresidente de la República; los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte de Constitucionalidad, Ministros, los viceministros, el procurador de los Derechos Humanos, el fiscal general y el procurador general de la República; vi) declarar la incapacidad física o mental del presidente de la

República para el ejercicio del cargo; vii) interpelar a los ministros de Estado, interpelación que puede provocar la emisión de un voto de falta de confianza y la separación del cargo; viii) invitar a los ministros a sesiones del Congreso, así como a todos los funcionarios y empleados públicos que están obligados a asistir.

El artículo 171 CPR prevé otras atribuciones del Congreso que implican mecanismos de control interorgánico: i) aprobar, modificar o improbar el Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado presentado por el Ejecutivo; ii) aprobar o improbar anualmente, previo informe de la Contraloría General de Cuentas, todos los ingresos y egresos de finanzas públicas que le presente el Ejecutivo sobre el ejercicio fiscal anterior; iii) contraer, convertir, consolidar o efectuar operaciones relativas a la deuda pública interna o externa; para que el Ejecutivo, la Banca Central o cualquiera otra autoridad estatal pueda concluir negociaciones de empréstitos u otras formas de deudas, será necesaria la aprobación previa del Congreso; iv) nombrar comisiones de investigación en asuntos específicos de la Administración pública, que planteen problemas de interés nacional. De conformidad con lo establecido en el artículo 138 –relativo a los estados de excepción–, el Congreso tiene la facultad para ratificar, modificar o improbar el Decreto que decide el estado.

El Congreso también recibe anualmente el informe del Ejecutivo sobre la situación general de la República y los negocios de su administración realizados el año anterior, así como el informe de ejecución presupuestaria cada cuatrimestre (artículo 183 i. y w. CPR). Durante los primeros diez días de febrero, los ministros deben presentar anualmente al Congreso una memoria de actividades de sus respectivos ramos, incluida la ejecución presupuestaria (artículo 198 CPR). Si bien el Ejecutivo dirige la política exterior y entre sus facultades figura la ratificación de tratados internacionales, antes de ese trámite debe someterlos a la consideración del Congreso para su aprobación.

Por su parte, el Organismo Ejecutivo tiene las siguientes facultades vinculadas a los controles interorgánicos: i) vetar los proyectos de ley (art. 178 CPR); ii) sancionar y promulgar las leyes (art. 183. e) CPR); iii)

emitir los reglamentos para el estricto cumplimiento de las leyes (art. 183. e) CPR); iv) presentar iniciativas de ley (art. 183. g) CPR); v) convocar al Organismo Legislativo a sesiones extraordinarias cuando los intereses de la República lo demanden (art. 183. l) CPR); vi) convocar al Congreso para que en el término de 3 días conozca, ratifique, modifique o impruebe el decreto que decide un estado de excepción (art. 138 CPR).

Cabe señalar que corresponde a la Corte Suprema de Justicia decidir si ha o no lugar a la formación de causa contra los diputados, así como contra otros funcionarios cuya competencia no se haya asignado al Congreso.

Las normas contenidas en este apartado fueron reformadas en una ocasión. Ha sido, de hecho, la única modificación de la Constitución de 1985. Así, en relación con el Congreso de la República se estableció un mandato de 4 años, a diferencia de los 5 años que contemplaba el texto constitucional antes de la reforma. Asimismo, se incorporó a la Constitución la previsión de que por cada distrito electoral sería electo como mínimo un diputado, se remitió a la ley la regulación del que corresponda a cada distrito en función de su población, así como la regla de acuerdo con la cual un número equivalente al 25 % de los electos por distritos será electo por lista nacional. La inclusión en la Constitución de una serie de previsiones relativas a la integración del Legislativo ha provocado el aumento del número de diputados, que actualmente es de 160, cifra que ha incrementado la complejidad para lograr acuerdos en el seno de ese organismo. Puede considerarse adecuado un número fijo de diputados, pero no ocurre lo mismo cuando el número de congresistas depende de la población de cada distrito, ya que este sistema provoca un incremento periódico de diputados que puede comportar no solo la dificultad de alcanzar acuerdos, sino también un costo elevado de funcionamiento del Congreso. Con relación al Organismo Ejecutivo también se realizó una modificación consistente en la reducción de 5 a 4 años del período para el cual sería electo.

El modelo político y sistema de gobierno ha generado diversas discusiones. Para citar algunas, vale la pena señalar que, en relación con el sistema de frenos y contrapesos, se han suscitado casos relacionados

con el ejercicio desmedido de la interpelación de ministros²⁰, tendencia que ha motivado que se plantee la posibilidad de limitar el ejercicio de tal mecanismo por parte del Legislativo, ya que su uso desmedido implica un entorpecimiento del funcionamiento de la cartera ministerial de que se trate. Otro dispositivo que en ocasiones no ha sido debidamente utilizado es el antejuicio. Con base en esta prerrogativa, el funcionario que la posee no podría ser procesado penalmente sino hasta que se declara que ha lugar a la formación de causa en su contra. Sin embargo, se han promovido antejuicios contra funcionarios basados en denuncias infundadas y en ocasiones se han declarado con lugar, lo que podría provocar que estos funcionarios sean sometidos a persecución penal y eventualmente separados del cargo. Ello evidencia la importancia del buen uso de esta prerrogativa.

Adicionalmente, el mecanismo de ratificación de los estados de excepción decretados por el presidente de la República es, actualmente, esencial. Sin embargo, hay que hacer notar que se han presentado cuestionamientos a los estados de sitio decretados por el presidente de la República y que, en el momento de verificar la constitucionalidad de las actuaciones, el Tribunal Constitucional se ha encontrado con situaciones en las que el Congreso de la República no los ha conocido, ratificado, modificado o improbadado según la facultad que le ha sido concedida, facultad cuyo ejercicio es de gran importancia para ejercer un control interorgánico en un supuesto particularmente importante, dado que supone limitación de derechos fundamentales. Cabe destacar que, respecto al conocimiento de asuntos relacionados con la limitación de los derechos constitucionales (art. 138 constitucional), la norma fundamental privilegia el conocimiento de esa decisión por parte del Congreso de la República, dado que el precepto citado estipula que, en caso de estar reunido, el Congreso deberá conocerlo inmediatamente, ello al margen de que, como ya se ha dicho, el repetido art. 138 dispone que en el propio decreto que declara el estado

.....
20 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 31 de octubre de 2012, dictada en el expediente 1458-2012, *Gaceta Jurisprudencial* 106. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

de excepción se convocará al Congreso para que lo conozca, lo modifique, lo ratifique o lo impruebe dentro de un término tres días. Estos aspectos ponen en evidencia la importancia del ejercicio de este mecanismo de control, que, a efectos de la protección de los derechos fundamentales, no es facultativo, sino obligatorio para el Congreso de la República.

Una de las cuestiones que han sido objeto de intensas controversias es la aprobación, modificación o improbación del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado por parte del Congreso. Esta atribución está sujeta a plazos perentorios, cuya dilación podría suponer que rija de nuevo el presupuesto vigente para el ejercicio fiscal anterior. La falta de acuerdos ha motivado que no se haya llegado a aprobar oportunamente un presupuesto discutido de forma pormenorizada y debidamente analizado en beneficio de la población²¹.

Entre los aspectos que se reprochan al cumplimiento de tal atribución hay otros puntos más complejos que involucran la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales; por ejemplo, la aprobación de un porcentaje menor al constitucionalmente destinado para financiar la educación universitaria pública²², así como la asignación presupuestaria para la Procuraduría de los Derechos Humanos²³.

En relación con el funcionamiento de estos controles, resulta interesante la siguiente observación de Jorge Mario García Laguardia: «En el ejercicio de estos controles, en varios países y en el nuestro especialmente, se ha detectado una patología que es necesario prevenir. La mala aplicación de las previsiones constitucionales puede producir un híbrido que en algunos países se ha dado. Una mezcla de presidencialismo incompleto

.....

21 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 22 de octubre de 2013, dictada en el expediente 1392-2013, *Gaceta Jurisprudencial* 110. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

22 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 27 de noviembre de 2019, dictada en el expediente 5510-2018, *Gaceta Jurisprudencial* 134.

23 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 16 de julio de 2019, dictada en el expediente 427-2019, *Gaceta Jurisprudencial* 133. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

y de parlamentarismo distorsionado que conduce a un debilitamiento de los principios básicos de la división o separación de poderes, y que conduce a la ingobernabilidad. En otros casos, la falta de responsabilidad y protagonismo del Congreso, al no ejercer las funciones de control o ejercer inadecuadamente, provoca un peligroso vacío de poder que suele ser llenado por otras instituciones que también se debilitan por esto [...]»²⁴. Si cada uno de los poderes legítimamente constituidos no ejerce los controles que le han sido conferidos, se promueven acciones ante otros entes –entre ellos la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría de los Derechos Humanos o los Tribunales de Amparo– con el fin de denunciar las omisiones de aquellos poderes, fenómeno que no ocurriría si cada uno actúa en el ámbito de sus facultades.

Debe señalarse que, en la actualidad, Guatemala experimenta una crisis vinculada al proceso de designación de magistrados de las altas cortes, una competencia que en última instancia corresponde al Congreso. Se ha producido un significativo retraso en este proceso, que debió realizarse antes del 13 de octubre de 2019 –en enero 2021 aún no ha concluido–, si bien hay que señalar que se suspendió provisionalmente debido a la interposición de acciones constitucionales en las que se realizaron señalamientos de influencias indebidas en el proceso de selección. Las acciones fueron resueltas, pero el proceso no ha finalizado. Este es un tema urgente porque lo que está en juego es la debida conformación de un poder del Estado.

La situación descrita es grave y evidencia la necesidad perentoria de una reforma constitucional orientada a robustecer el sector de la justicia. El sistema de designación de jueces y magistrados debe ser mejorado para que se realice con transparencia y mediante métodos que valoren la meritocracia y para que se consolide el sistema de evaluación continua en la carrera judicial, dos prerequisites para garantizar la independencia de los jueces.

.....
 24 GARCÍA LAGUARDIA, J. M. (2006): *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, p. 120.

Como se ve, el ejercicio de los controles recíprocos presenta complejidades en la práctica: una indebida interpretación de las facultades atribuidas a un poder del Estado puede propiciar el entorpecimiento de las funciones de otro poder –o bien, la pretensión de omitir el ejercicio de tal control, que en algunos de los casos deviene imperativo, sobre todo cuando está previsto para garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales–.

4. Democracia y participación

La democracia puede ser conceptualizada desde dos grandes perspectivas. La primera es la perspectiva procesal, que valora, ante todo, la consolidación de los procedimientos formales que permiten que el ciudadano participe políticamente, procedimientos cuyo correlato es el ejercicio de los derechos políticos y civiles fundamentales, elementos centrales de la construcción de una democracia. La segunda es la perspectiva sustantiva, de acuerdo con la cual la consolidación de una democracia no requiere únicamente garantizar el ejercicio de los derechos políticos y civiles –es decir, la institucionalización de los mecanismos democráticos formales–, sino también garantizar su dimensión sustancial a través de la tutela de todos los derechos humanos. Es decir, una democracia sustantiva debe ser capaz, entonces, de brindar un aspecto democrático a las relaciones sociales, garantizar la incidencia de grupos populares a través de un sistema político y activar un desempeño sistémico que asegure el ejercicio de los derechos humanos integralmente entendidos y favorezca el desarrollo humano²⁵.

El artículo 140 constitucional también marca la pauta del modelo de democracia. Uno de los elementos principales del modelo político en Guatemala es el sistema de democracia representativa, mediante la cual el pueblo delega su soberanía en los representantes electos mediante normas

.....
25 BETT, R. y F. RODAS MALTEZ (2008): *Democracia y Derechos Humanos: voz ciudadana*, Guatemala: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pp. 11-12

y procedimientos prefijados que ejercen su mandato en los Organismos del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial– y en las demás entidades que lo integran. El Ejecutivo y el Legislativo son elegidos mediante el ejercicio del sufragio, cuyas características principales son la universalidad y el secreto. El sistema de elección define procedimientos democráticos de formación, funcionamiento y finalización de los mandatos de los representantes con el mayor grado posible de participación y representatividad de la soberanía del pueblo²⁶.

La estructura jurídica y política en Guatemala está configurada por un modelo de democracia representativa en el que los ciudadanos ceden a los partidos y las organizaciones políticas la argumentación, el desarrollo, la defensa y la difusión de sus intereses y objetivos. En este sentido, dicha estructura y organización garantizan la libre formación y funcionamiento de las organizaciones políticas, de conformidad con el artículo 223 de la norma fundamental y la Ley Electoral y de Partidos Políticos²⁷. En Guatemala, el Ejecutivo y Legislativo se eligen directamente mediante sufragio universal y secreto, y el artículo 141 CPR establece que el pueblo delega su soberanía para su ejercicio en estos poderes.

La Corte de Constitucionalidad ha señalado que el régimen de representación en Guatemala es uno de los pilares en los que se sustenta el Estado, y ello se plasma en los diversos artículos de la Constitución Política de la República que lo regulan: así, el texto constitucional reconoce los derechos de elegir y ser electos y a velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral (artículo 136, incisos b. y c. CPR); establece que el sistema de gobierno del Estado es representativo (artículo 140 CPR); dispone de que el poder proviene del pueblo y que su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por la

.....
 26 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 21 de enero de 2010, dictada dentro del expediente 2331-2009, *Gaceta Jurisprudencial* 95. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

27 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 13 de agosto de 2015, dictada dentro del expediente 1732-2014, *Gaceta Jurisprudencial* 117. disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Constitución y la ley (artículo 152 CPR); prevé la elección directa por el pueblo de los diputados al Congreso de la República mediante sufragio universal y secreto (artículo 157 CPR); así como la elección directa por el pueblo del presidente y el vicepresidente de la República mediante sufragio universal y secreto (artículo 184 CPR); establece la prohibición de la reelección de la persona que haya desempeñado el cargo de presidente de la República por elección popular (artículo 187 CPR); regula los siguientes procesos: la convocatoria a elecciones y la toma de posesión del presidente y el vicepresidente de la República (artículo 188 CPR); la elección del Vicepresidente de la República, que expresa que será electo en la misma planilla con el presidente de la República en idéntica forma, esto es, mediante el sufragio universal y secreto (artículo 190 CPR); el proceso de elección de magistrados que integrarán la Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Apelaciones y los mecanismos utilizados para materializar esa elección –comisiones de postulación– (artículos 215 y 217 CPR); el proceso de elección del contralor general de Cuentas y los mecanismos utilizados para materializar esa elección –comisión de postulación– (artículo 233 CPR); la elección del fiscal general de la República y los mecanismos utilizados para concretar esa elección –comisión de postulación– (artículo 251 CPR); el ejercicio del gobierno municipal, que será ejercido por un concejo integrado por el alcalde, los síndicos y los concejales, que serán electos directamente por sufragio universal y secreto (artículo 254 CPR); la designación de los magistrados de la Corte de Constitucionalidad (artículo 269 CPR); la elección del Procurador de los Derechos Humanos y los mecanismos para alcanzarla (artículo 273 CPR)²⁸.

Ahora bien, en Guatemala existen situaciones en las cuales los ciudadanos participan directamente en la adopción de la decisión. Uno de los mecanismos de democracia directa está contemplado en el artículo 173

.....

28 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 21 de enero de 2010, dictada dentro del expediente 2331-2009, *Gaceta Jurisprudencial* 95. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

constitucional, que establece el procedimiento consultivo en estos términos: «Las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos».

Guatemala y Belice poseen un diferendo territorial, por lo que, en 2008 suscribieron un acuerdo especial para consultar a sus habitantes la decisión de someter a la Corte Internacional de Justicia, la resolución definitiva del reclamo territorial, insular y marítimo formulado por Guatemala. El 95,87% de votos emitidos se pronunció a favor del sí.

El segundo mecanismo de participación directa para la adopción de decisiones es el que se refiere a la reforma constitucional. Al respecto, el artículo 280 de la Constitución dispone: «Para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados. Las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de esta Constitución. Si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, esta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta».

Durante la vigencia de la Constitución, se ha realizado en dos ocasiones esta consulta al pueblo para que decidiera la aprobación o no de reformas constitucionales. En 1993 el pueblo votó aprobándolas y en 1998 improbándolas, de modo que, como ya hemos señalado, el texto de la norma suprema solo se ha reformado en una ocasión.

Por último, otra forma de participación directa de la ciudadanía es la iniciativa popular para proponer reformas constitucionales. Así, el artículo 277 de la CPR prevé esa iniciativa mediante petición dirigida al Congreso de la República por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos. Si bien se han presentado peticiones respaldadas por un número de ciudadanos superior al requerido, estas no han logrado la conclusión del proceso de reformas ni han sido aprobadas por el Congreso de la República.

Con respecto al régimen democrático, la Corte de Constitucionalidad ha declarado que «[...] la sola existencia de los partidos políticos

no garantiza, sin más, la construcción de un verdadero régimen democrático; de ahí la necesidad de que el sistema político-electoral establezca las condiciones apropiadas para que aquellos cumplan las funciones esenciales que les son inherentes y, además, para que su actuación se dirija, por conductos legales y democráticos, a la consecución de los fines que explican la razón de su existencia. En ese contexto, como cuestión fundamental, el sistema político-electoral debe asegurar el respeto del pluralismo político –que en el caso de la Constitución guatemalteca se apoya en la libre formación y funcionamiento de organizaciones políticas, artículo 223–, en el entendido que un sistema democrático, para ser tal, debe asegurar la libre confluencia de distintas –y en ocasiones contrapuestas– opciones políticas, en orden a la diversidad de intereses, valores y convicciones existentes en la sociedad [...] además de garantizar la libre formación y funcionamiento de partidos políticos, resulta imprescindible que estos actúen en la realidad social como el conducto legítimo de participación de los ciudadanos en las funciones del Estado, para lo cual, indudablemente, se requieren condiciones que coadyuven a “fortalecer e institucionalizar” a dichas organizaciones (como se menciona en la exposición de motivos de la iniciativa bajo análisis), en el sentido que, aunado a que los partidos políticos cumplan eficazmente las funciones que están llamados a desarrollar, la propia ciudadanía reconozca en su actuación vías democráticas para ejercer y reclamar sus derechos [...]»²⁹.

En el sistema político de Guatemala no existe un mecanismo regulado a nivel constitucional que permita a la población impulsar la revocatoria del mandato para las más altas autoridades ni para funcionario público alguno, de manera que podrá tener lugar únicamente en caso de que encuadrara en una causal que provoque su separación del cargo. La población no está facultada para promoverlo ni siquiera en aquellas

.....

29 Corte de Constitucionalidad, dictamen de 11 de julio de 2014, dictado en el expediente 5352-2013, *Gaceta Jurisprudencial* 113. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

situaciones en las que exista un elevado nivel de rechazo hacia el funcionario relacionado por parte de la población.

Con relación al sistema de elección de diputados, si bien este se realiza mediante un sistema de voto universal y secreto de todos los ciudadanos, se elige por planillas: se vota al partido político y no al candidato, de modo que en ocasiones se elige a quienes encabezan las listas electorales y el ciudadano no puede hacer efectivo su voto por el candidato de su predilección. Sería aconsejable que se estableciera un sistema de voto en el que se eligiera directamente al candidato.

Asimismo, el transfuguismo ha sido un tema que ha generado una discusión permanente. Según el sistema electoral, en el que se vota por el partido, es importante que los diputados electos, pertenecientes a determinado partido político, se mantengan en el mismo tras ser electos, dado que la población electora votó por ese partido. En este sentido, se estimó que los diputados que, una vez electos, cambian su partido político deberían ser sancionados por su deslealtad hacia el elector; por ello, se aprobó una reforma en la Ley Electoral que sanciona el transfuguismo. Este fenómeno constituye una afectación directa al sistema representativo de partidos, dado que se elige a los representantes ante el Congreso de la República por medio de listas cerradas en las que la ideología de partido influye en la decisión del elector para decantarse hacia uno u otro de los partidos políticos en contienda³⁰.

El ejercicio de controles en la participación política deviene esencial en un sistema democrático, pues la ciudadanía delega el poder a sus representantes porque esperan de ellos que persigan el bienestar social y representen, en esencia, los intereses de la población electora y no sus propios intereses, por lo que sería pertinente plantear el establecimiento de nuevos mecanismos de fiscalización ciudadana.

.....

30 Corte de Constitucionalidad, sentencia de 01 de mayo de 2019, dictada dentro del expediente 2309-2018, *Gaceta Jurisprudencial* 132. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Si bien, la Constitución prevé que las decisiones de trascendencia política deben someterse a consulta popular, este mecanismo no ha sido utilizado en 35 años, como ya se ha señalado. Esta anomalía puede deberse a que se ha considerado que se trata de una facultad del Congreso de la República o del Presidente de la República –que tienen la iniciativa para convocarla–, pero no una obligación, ello a pesar de que el artículo 173 es enfático al señalar que «deberán» ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos las decisiones políticas de especial trascendencia. Asimismo, la determinación de qué es una decisión política de especial trascendencia, podría resultar antojadiza en el momento de decidir la consulta a los ciudadanos.

La corrupción y financiamiento electoral ilícito es, sin duda, uno de los mayores problemas que afronta la democracia representativa en Guatemala. El financiamiento ilícito no garantiza la independencia real de los representantes en las decisiones y ejercicio de sus funciones. Aunque se han intentado penalizar estas conductas, el Congreso aprobó una reforma de la norma que tipifica esa figura en la que redujo las sanciones aplicables a las mismas.

Una de las principales afectaciones a la democracia en Guatemala es el cumplimiento del rol sustantivo de la misma. La sola participación política a través de diversas organizaciones políticas a las que, en la realidad, no todos los ciudadanos pueden acceder; no constituye una democracia deseable. En la medida en que los derechos humanos de todos los ciudadanos no sean garantizados, se provean de las condiciones que permitan una efectiva participación de los ciudadanos en condiciones de igualdad y se establezcan mecanismos de control ciudadano eficientes no podrá considerarse que en el país existe una verdadera democracia.

Por último, en relación con la reforma de las disposiciones que forman parte de este apartado, puede señalarse que han sido modificadas normas referidas al sistema de elección de los diputados al Congreso de la República, así como al lapso del mandato, que también cambió respecto de la elección del presidente de la República. Respecto del procedimiento consultivo, se adicionó la previsión de que la ley constitucional regulará lo relativo a esa institución.

5. Justicia constitucional

En la Constitución de 1985 se instituyó la Corte de Constitucionalidad como tribunal permanente de jurisdicción privativa cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. La Corte actúa de forma independiente a los demás organismos del Estado y ejerce las funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia, Decreto 1-86, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad –en adelante LAEPyC–, aprobada, al igual que la Constitución, por Asamblea Nacional Constituyente. El Tribunal está integrado por cinco magistrados titulares y cinco suplentes, a quienes se les confiere un mandato por un período de cinco años. Pueden ser reelegidos por el mismo organismo o institución que hubiere efectuado la designación o por otro distinto.

Los magistrados serán designados del siguiente modo: un magistrado titular y suplente por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, uno por el Pleno del Congreso de la República, uno por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, uno el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y uno la Asamblea del Colegio de Abogados (artículo 269 CPR). La Corte prevé un sistema rotativo para el ejercicio de la Presidencia en virtud del cual cada uno de sus miembros titulares la ejercerá por un año, empezando por el de mayor edad y siguiendo en orden descendente de edades. El artículo 270 constitucional preceptúa que los aspirantes a ocupar esos puestos deben reunir los siguientes requisitos: a) ser guatemalteco de origen; b) ser abogado colegiado; c) ser de reconocida honorabilidad; y d) tener por lo menos quince años de graduación profesional. Además, el artículo 113 de la Constitución reconoce el derecho de los guatemaltecos a optar a empleos o cargos públicos, y prevé que para su otorgamiento no se atenderá más que a razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez. Como requisitos especiales, el artículo 152 de la Ley de la materia³¹ dispone que deberán ser escogidos, preferentemente entre personas con

.....

31 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPyC).

experiencia en la función y Administración pública, las magistraturas, el ejercicio profesional y la docencia universitaria según el órgano del Estado que los designe.

El quorum para adoptar decisiones en la Corte de Constitucionalidad es de cinco magistrados en la mayoría de los casos. Ahora bien, cuando conoce en apelación de asuntos que se deciden en primera instancia por la Corte Suprema de Justicia o de la inconstitucionalidad contra normas proferidas por el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia y el presidente de la República, el quorum se eleva a siete magistrados, llamándose por sorteo a dos de los suplentes que la conforman. Las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de los miembros que la conforman³²; si alguno disiente del criterio mayoritario, deberá razonar su voto particular en el propio acto y hacerlo constar en el libro que se lleve para el efecto³³.

Además del reconocimiento de su independencia funcional, se regula su independencia económica. El artículo 268 constitucional establece que le será asignado un porcentaje de los ingresos que corresponden al Organismo Judicial, que, según lo que establece la Ley de la materia, no será menor del cinco por ciento del que corresponde al citado Organismo³⁴. Además, constituyen fondos privativos de la Corte de Constitucionalidad los derivados de la administración de justicia constitucional³⁵.

Guatemala adoptó un sistema mixto de control de constitucionalidad en el que la Corte de Constitucionalidad tiene la atribución de conocer en forma concentrada de las acciones de inconstitucionalidad general de leyes cuando estas cuestionan en abstracto la constitucionalidad de una norma de carácter general. En ese caso, si se estima la acción, se declarará la pérdida de vigencia del precepto cuestionado con efectos *erga omnes*. La Corte también conoce en forma concentrada y en única instancia acciones

.....
32 Artículo 178 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

33 Artículo 81 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

34 A este corresponde el mínimo del 2 % del presupuesto general de ingresos del Estado.

35 Artículo 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

de amparo en las que se denuncian actos arbitrarios atribuidos a la Corte Suprema de Justicia, al presidente y al vicepresidente de la República o al Congreso de la República. En ese caso, si se acoge la acción, se deja en suspenso la decisión reclamada y se ordena la emisión de una nueva que no contenga el vicio reprochado.

Los amparos promovidos contra autoridades distintas a las mencionadas en el párrafo precedente se dirimen en doble instancia. Para ello, se atribuye la competencia en primer grado a los tribunales de la jurisdicción ordinaria a partir de los de primera instancia. Estos se encuentran facultados para conocer, además, las inconstitucionalidades en casos concretos que se promueven con el fin de lograr la inaplicación de un precepto cuya inconstitucionalidad se cuestiona en un asunto específico que se tramite ante ellos. De acogerse la pretensión, se declarará la inaplicabilidad de la disposición cuestionada al caso concreto, es decir, con efectos *inter partes*.

Las decisiones que se dicten en los amparos que se conocen en primera instancia por los tribunales ordinarios e incluso por la Corte Suprema de Justicia, así como las inconstitucionalidades en caso concreto, pueden ser apeladas por alguno de los sujetos intervinientes, en cuyo caso corresponde conocer en alzada a la Corte de Constitucionalidad, que también tiene la competencia de emitir dictámenes y opiniones consultivas en asuntos de su competencia.

En Guatemala la garantía constitucional que se promueve con mayor frecuencia es el amparo. El amparo es caracterizado por la Constitución como la garantía que protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurarlos cuando se hubieran violado. El amparo procede para cuestionar actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad que lleven implícitos una amenaza, restricción o violación de los derechos garantizados en la Constitución y las leyes. Se establece expresamente que «no hay ámbito que no sea susceptible de amparo».

En cuanto a la inconstitucionalidad, existe la acción popular para su promoción, lo que posibilita que pueda promoverse contra cualquier precepto normativo de carácter general que se estime contrario a la norma

suprema. No existe plazo para su interposición, de modo que en la actualidad se cuestionan normas incluso preconstitucionales.

La Constitución y Ley de la materia prevén asimismo el control previo, que será ejercido por los Organismos del Estado. El control previo está regulado en los artículos 163 e) y 164 b) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. La primera disposición establece que a la Corte le corresponde emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley a solicitud de cualquiera de los Organismos del Estado³⁶. En el mismo sentido, el artículo 164 prevé que la Corte emitirá opinión sobre la constitucionalidad de proyectos de ley a solicitud del Congreso de la República. La promoción del control previo es facultativa. En lo que respecta a tratados internacionales, el control se ha ejercido en forma previa en la conclusión del proceso de aprobación y ratificación del tratado. Si bien, la previsión normativa no excluye que pueda solicitarse respecto de un convenio o tratado vigente, ello no ha ocurrido en los casi 35 años de funciones del Tribunal, sino que se ha utilizado como un mecanismo previo a la adopción del instrumento internacional³⁷, mecanismo que ha sido positivo porque, una vez estimada la constitucionalidad del tratado, concluye el proceso de adopción.

En cuanto a control previo obligatorio, cabe hacer referencia al que regula el artículo 175, segundo inciso, de la Constitución que dispone: «Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto

.....
36 Artículo 163 e) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

37 De esta manera, se realizó antes de la aprobación por el Congreso de la República del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, expediente 199-95, opinión de 18 de mayo de 1995. También se realizó antes la aprobación y ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, expediente 171-2002, opinión de 25 de marzo de 2002. De igual manera, previo a la aprobación por el Congreso del Acuerdo para el establecimiento de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, suscrito por representantes del Gobierno de la República de Guatemala y representantes de la Organización de Naciones Unidas, el doce de diciembre de dos mil seis, expediente 791-2007, opinión de 8 de mayo 2007. Decisiones disponibles en: <<https://jurisprudencia.cc.gov.gt/portal/>>.

de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, **previo dictamen favorable** de la Corte de Constitucionalidad». En consecuencia, no podrá aprobarse la reforma de una ley constitucional si no se cuenta con el dictamen a favor de tal modificación. Este es el único supuesto en el que se prevé expresamente el control previo obligatorio.

Podría considerarse obligatorio el control que tiene lugar cuando el presidente de la República veta una ley alegando inconstitucionalidad. Ello porque entre las funciones de la Corte se encuentra la de emitir su opinión en esta situación. Algunos precedentes jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad estimaron como un vicio *interna corporis* el hecho de que no se hubiera recabado el parecer del Tribunal antes de proseguir con el procedimiento de aprobación de la ley, trámite considerado obligatorio en algunos casos³⁸. Sin embargo, en otros casos se ha estimado facultativo o no vinculante³⁹. Por otra parte, el control de constitucionalidad ejercido por los ciudadanos a través de la acción de inconstitucionalidad, ya sea con carácter general o en casos concretos, es un control *a posteriori*.

El Tribunal Constitucional ha considerado que, al regularse como efecto del acogimiento de la inconstitucionalidad la pérdida de vigencia de la norma, se requiere que esta se encuentre surtiendo efectos. El artículo 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece: «Cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad declare la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposición de carácter general, estas quedarán sin vigencia; y si la inconstitucionalidad fuere parcial, quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional [...]». Así, cuando se instan acciones de inconstitucionalidad de carácter general o en casos concretos respecto de normas que se encuentran en proceso de formación o en *vacatio legis*, los planteamientos no han sido admitidos por esta vía. Excepcionalmente, a pesar de que se han admitido

.....
 38 Sentencia de 19 de junio de 2007, dictada dentro del expediente 1137-2007. Opinión consultiva de 31 de marzo de 2009, dictada dentro del expediente 421-2009 y sentencia de 13 de junio de 2017, dictada dentro del expediente 2105-2016.

39 Opinión consultiva de 24 de marzo de 2010, expediente 371-2010 y Opinión consultiva de 21 de diciembre de 2010, expediente 3003-2010.

por vía del amparo cuestionamientos respecto de proyectos de ley que han sido promovidos por diferentes personas alegando que la vigencia de la norma podría ocasionar graves daños y que su suspensión era urgente, la jurisprudencia que viabiliza la procedencia del amparo respecto de proyectos de ley no es clara.

En cuanto a la evaluación del diseño constitucional, puede afirmarse que la existencia de una Corte de Constitucionalidad independiente del resto de los poderes públicos y encargado de la «defensa del orden constitucional» fortalece el sistema y posibilita que pueda conocer de acciones interpuestas contra las diferentes autoridades públicas, dado que no está funcionalmente subordinada a ellas. Ahora bien, el simple hecho de que se haya diseñado como un tribunal independiente no es suficiente para que logre un desempeño efectivo, sino que este debe estar revestido de una serie de garantías que consoliden su independencia y propicien el cumplimiento a cabalidad de la función para la cual fue instaurado. A ese respecto, una debilidad del sistema lo constituye el sistema de elección de sus magistrados, dado que la designación de sus diez integrantes se realiza simultáneamente. Es decir, cada cinco años se lleva a cabo la elección de una nueva Corte y se puede sustituir a la totalidad de sus miembros. Si bien está permitida la reelección, esta no se produce necesariamente. El cambio de la totalidad de los integrantes de la Corte en un mismo momento puede generar drásticas modificaciones jurisprudenciales porque, lógicamente, los nuevos integrantes podrán realizar interpretaciones con criterios distintos a los de sus predecesores. Otro factor que debe analizarse es la duración del mandato por cinco años, un lapso tal vez demasiado corto para el ejercicio de tan relevante cargo.

Una cuestión que se ha reclamado en Guatemala es la reforma constitucional del poder judicial. El mecanismo de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Salas de la Corte de Apelaciones se ha debilitado considerablemente y reclama una reforma urgente. Al realizar el análisis de las reformas en la justicia, debería considerarse la modificación del sistema de elección de los magistrados de la Corte

de Constitucionalidad a fin de que su mandato pueda prolongarse y que el relevo de sus miembros se produzca de forma parcial y no simultánea.

En cuanto a las funciones de la Corte, debería revisarse la amplitud del amparo, que en su diseño inicial estableció que «no hay ámbito que no sea susceptible de amparo». Esto ha provocado un desbordamiento de acciones de esta naturaleza, en su mayoría en el ámbito judicial: una vez agotado el recurso ordinario, se recurre en amparo para cuestionar decisiones judiciales adoptadas incluso en procesos en curso. Si bien se establece que para la procedencia del amparo deben agotarse los recursos y procedimientos ordinarios, esta previsión ha sido interpretada en el sentido de que hace referencia al recurso existente contra la decisión reclamada, no a la finalización del proceso. Por ello, aunque este siga su curso, se promueven amparos contra decisiones interlocutorias, lo que en ocasiones provoca la paralización de los juicios o su demora en los casos en los que se requieren los juicios subyacentes para resolver. La naturaleza del amparo es importantísima y posibilita la protección de cualquier derecho constitucional, convencional o legal, por lo que las reformas de esta garantía deberían ser consideradas cuidadosamente para que no tornen inútil el amparo, pero sí para que eviten el abuso de este. En ese ámbito, podría considerarse reclamable mediante amparo únicamente la decisión final de un proceso.

En cuanto al control de constitucionalidad, el sistema guatemalteco posibilita ampliamente la promoción de acciones respecto a normas vigentes. Sin embargo, el control preventivo es débil porque está claramente establecido para que se formulen cuestionamientos por parte de los órganos del Estado, pero no por particulares. Durante el último quinquenio se han intentado acciones de amparo para cuestionar proyectos de ley ante la falta de un mecanismo claro de control de constitucionalidad. En varias ocasiones, esas peticiones se han acogido en forma provisional o definitiva, pero no existe una jurisprudencia clara al respecto. Sería ventajoso contar con un sistema preventivo de control de constitucionalidad que permita analizar proyectos de ley antes de que cobren vigencia, evitando

así que adquieran validez y posteriormente pueda determinarse su inconstitucionalidad.

En cuanto a la conformación, las funciones, las competencias de la Corte de Constitucionalidad y las garantías constitucionales, no han sido reformadas durante los casi 35 años de vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala. Dado que todos estos aspectos están regulados en la norma suprema, se requiere una reforma constitucional para su modificación. La LAEPyC solo se ha reformado en una ocasión (en 1990), respecto al plazo promoción de amparos en materia electoral. Es síntesis, la regulación de la Corte de constitucionalidad y las garantías constitucionales no ha experimentado modificaciones durante la vigencia de la Constitución.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

El preámbulo de Constitución Política de la República de Guatemala proclama «[...] la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz [...]». El preámbulo también plasma la voluntad de los constituyentes por el respeto a los Derechos humanos en estos términos: «[...] decididos a impulsar la plena vigencia de los Derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular [...]». Así, se observa como desde el preámbulo del texto constitucional se establecen los principios y los fines a los que se aspira alcanzar mediante el articulado que da inicio al texto constitucional, dentro de los cuales destaca el compromiso para impulsar la plena vigencia los derechos humanos. Seguidamente, sus dos primeros Títulos se refieren a la persona y sus derechos.

El primer Título se denomina «La persona humana, fines y deberes del Estado» y se compone únicamente de dos artículos. El primero prevé que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, siendo

su fin supremo la realización del bien común. El segundo puntualiza que es deber del Estado garantizar la vida, la libertad, justicia, seguridad, paz y el desarrollo integral de la persona.

El Título segundo está dedicado al reconocimiento de los derechos humanos, empezando por los derechos individuales, siguiendo por los derechos sociales y los derechos cívicos y políticos. Finalmente, establece previsiones referentes a los estados de excepción y los límites a los Derechos.

En relación con los derechos individuales, se reconoce en primer lugar el derecho a la vida, que se garantiza y protege desde su concepción. Una cláusula de igualdad prevé que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, y establece que el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades.

Se reconocen también las libertades, entre ellas la de acción (art. 5 CPR), emisión del pensamiento (art. 35 CPR), locomoción (art. 26 CPR), religión (art.36 CPR), el acceso a tribunales y dependencias del Estado (art. 29 CPR) y la libertad de industria, comercio y trabajo (art. 43 CPR).

Por lo que respecta a la libertad de emisión del pensamiento, la norma que la reconoce es la que se desarrolló más ampliamente en el apartado de derechos individuales. Se reconoce que es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa. Además, el texto constitucional establece que es libre el acceso a las fuentes de información, subrayando que la actividad de los medios de comunicación social es de interés público y que estos no podrán ser expropiados, que por razón de las faltas o delitos cometidos en la emisión del pensamiento no podrán ser clausurados, embargados, intervenidos, confiscados o decomisados ni interrumpidos en su funcionamiento las empresas, talleres, equipos, maquinaria y enseres de los referidos medios y que tampoco podrá usarse la autorización o cancelación de concesiones como elementos de presión o coacción para coartar la libertad de emisión del pensamiento. Asimismo, el texto constitucional dispone que no constituyen delito o falta las publicaciones que contengan denuncias, críticas o imputaciones contra funcionarios o empleados públicos por

actos efectuados en el ejercicio de sus cargos, sujetos que, en todo caso, podrían solicitar a un tribunal de honor que declare que la publicación que los afecta se basa en hechos inexactos o que los cargos que se les hacen son infundados.

En el Capítulo relativo a los derechos individuales también están reconocidos los derechos del procesado penalmente. Se prevé «la detención legal», es decir, el principio de acuerdo con el cual ninguna persona puede ser detenida o presa sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente, debiendo ser presentada en un plazo de 6 horas ante autoridad competente y escuchada su declaración en un término que no supere las 24 horas (artículos 6° y 9° CPR). También se consagra el principio de legalidad (art. 17 CPR) y se establece la obligatoriedad de dar a conocer la causa de la detención y los derechos del detenido «en forma que le sean comprensibles», previsión debería concretarse en el hecho de que puedan serles dados a conocer en su idioma, si bien no está establecido de esta manera (arts. 7° y 8° CPR). La presunción de inocencia está reconocida en el art. 14, y la irretroactividad de la ley, salvo en materia penal cuando favorezca al reo, en el art. 15. Asimismo, se reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo o contra cónyuge o persona unida de hecho «legalmente» ni contra sus parientes (art. 16 CPR).

En este apartado también están reconocidos otros derechos como el de defensa (art. 12 CPR), la inviolabilidad de la vivienda (art. 23 CPR), de la correspondencia, documentos y libros (art. 24 CPR), el derecho de asilo (art. 27 CPR), el derecho de petición (art. 28 CPR), la publicidad de actos administrativos (art. 30 CPR), así como los derechos de reunión y manifestación (art. 33 CPR), asociación (art. 34 CPR), y a la propiedad privada (art. 39 CPR).

Dos normas constitucionales que revisten particular importancia en el reconocimiento de los derechos humanos son los artículos 44 y 46. El primero establece la siguiente cláusula abierta: «Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana [...]» Por su

parte, el 46 proclama la preeminencia del Derecho internacional en estos términos: «Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho interno».

Si bien las normas anteriormente referidas reconocen un amplio elenco de derechos humanos, hay dos normas que podrían considerarse contrarias a los mismos. Por una parte, el artículo 18 de la Constitución prevé la pena de muerte, si bien determina los casos en los que esta no podrá ser impuesta y reconoce al Congreso la facultad de abolirla, hecho que no se ha producido en los 35 años de vigencia de la Constitución. Por otra parte, el artículo 38 reconoce como derecho humano la tenencia de armas de uso personal y no prohibidas por la ley, en el lugar de habitación, sin que exista obligación de entregarlas, salvo orden de juez. Asimismo, el segundo inciso reconoce el derecho de portación de armas según lo regulado por la ley. La inclusión de la pena de muerte y la portación de armas en el Título dedicado a los derechos humanos resulta cuestionable, al no ser disposiciones acordes al contenido y la naturaleza de los mismos.

Por lo que respecta a la reforma de los derechos humanos, la modificación de los individuales (artículos 3 a 46) requiere la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, lo que no ha ocurrido durante la vigencia de la Constitución. El único que podría dejar de tener validez sin que se cumpla ese requisito, es el relacionado con la pena de muerte, dado que la propia Constitución autoriza al Congreso a abolirla.

Seguidamente, en el Capítulo II se reconocen los derechos sociales, entre los que se encuentran la protección a la familia, el matrimonio y la unión de hecho, la igualdad de los hijos y a la maternidad (arts. 47 a 52 CPR). También se reconocen derechos a grupos de la población, pero dado que la constitución se aprobó hace más de 35 años, su lenguaje no se ajusta a los estándares internacionales de la actualidad: así, se establece protección a «menores y ancianos» y «minusválidos». Las sentencias constitucionales han adecuado esta terminología en su interpretación y hacen referencia a la niñez, la tercera edad y las personas en situación de discapacidad.

Se reconocen también el derecho a la cultura (arts. 57 a 65 CPR) y los derechos de las comunidades indígenas (arts. 66 a 70 CPR). En relación con la educación, se garantiza la libertad de enseñanza y de criterio docente, se establece el derecho y la obligación de recibir la educación inicial, preprimaria, primaria y básica, así como la gratuidad de la educación impartida por el Estado (arts. 71 a 81 CPR); se reconoce la autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que es la única universidad estatal que dirige, organiza y desarrolla la educación superior del Estado y se reconocen las universidades privadas como instituciones independientes que contribuyen a la formación profesional e investigación científica, que contarán con personalidad jurídica una vez estén debidamente autorizadas (arts. 82 al 90 CPR). La siguiente sección hace referencia al deporte, que, según el texto constitucional, debe fomentarse y promocionarse; asimismo, se reconoce la autonomía del deporte federado (arts. 91 y 92 CPR).

El derecho a la salud está consagrado como un derecho fundamental del ser humano que debe ser satisfecho sin discriminación alguna. El texto constitucional dispone asimismo la obligación del Estado de controlar la calidad de los productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y todos aquellos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes. Por otra parte, se reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social. Se prevé que su régimen se instituye como función pública y que financiarán y serán beneficiarios de dicho régimen los trabajadores formales que son reportados como tales por los patronos, quienes también aportan al sistema (arts. 93-100 CPR).

Una sección muy prolija es la referente al trabajo. En ella se establece que el trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. Además, la sección desarrolla los derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación laboral, entre ellos la libertad de elección del trabajo, el derecho a una remuneración equitativa, la igualdad de salario en iguales condiciones de eficiencia y antigüedad, el establecimiento de jornadas ordinarias de trabajo, el derecho a un día de descanso semanal remunerado, el derecho a quince días hábiles de vacaciones anuales, el derecho a un salario anual de aguinaldo, la protección a la mujer trabajadora, la

protección a personas en situación de discapacidad, la indemnización ante despidos injustificados y el derecho de sindicación (arts. 101 a 106 CPR). Esta sección reconoce además la titularidad de las leyes de trabajo para los trabajadores, y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, que son «[...] susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley [...]»

Por lo que respecta a los trabajadores del Estado, el texto constitucional contiene una sección específica que regula aspectos puntuales, entre ellos que la indemnización para los referidos trabajadores no podrá ser superior a diez salarios o que los trabajadores estatales tienen prohibido el desempeño de más de un cargo público, excepto cuando se refiera a labores docentes y siempre que haya compatibilidad de horarios. Asimismo, la sección prevé que para optar a cargos o empleos públicos se atenderá a los méritos de capacidad, idoneidad y honradez (arts. 107-117 CPR).

Los derechos cívicos y políticos están reconocidos en 3 disposiciones. La primera reconoce derechos y deberes de los guatemaltecos, entre ellos servir y defender a la patria, cumplir y velar porque se cumpla la Constitución, trabajar por el desarrollo de los guatemaltecos, contribuir a los gastos públicos, obedecer las leyes, respetar a las autoridades y prestar servicio militar y social. La segunda norma reconoce los derechos políticos: el derecho de elegir y ser electo, a optar a cargos públicos, inscribirse en el Registro de ciudadanos, a participar en actividades políticas y a defender el principio de alternabilidad y no reelección. También se reconoce el derecho de petición en materia política (arts. 135 a 137 CPR).

La regulación de los derechos humanos finaliza con las previsiones relativas a la limitación a los derechos constitucionales en los casos de invasión del territorio, de perturbación grave de la paz, de actividades contra la seguridad del Estado o de calamidad pública. El texto constitucional establece que podrían ser suspendidos la libertad de acción, la prohibición de detención legal, el interrogatorio a detenidos, las libertades de locomoción, reunión y manifestación, la portación de armas y la huelga de trabajadores del Estado.

Cuando concurren las situaciones a las que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, el artículo 138 establece el presidente de la República debe declarar el estado excepcional mediante decreto especificando los motivos que lo justifican, los derechos cuya plenitud no pueden asegurarse, el territorio que afecta y tiempo de su vigencia. Se convoca al Congreso para que dentro de los tres días siguientes lo ratifique, modifique o impruebe. Su vigencia se prolonga por un máximo de 30 días, pudiéndose dictar nuevos decretos. La gradación que se establece es la siguiente: estado de prevención, alarma, calamidad pública, sitio y guerra.

Para la protección de los derechos humanos se promueven las siguientes garantías constitucionales: la exhibición personal para los casos en los que una persona se encuentre ilegalmente detenida o presa o sufriendo vejámenes, el amparo que protege a las personas por lesiones ocasionadas en cualquiera de sus derechos reconocidos en la Constitución y las leyes por actos u omisiones arbitrarias de cualquier autoridad pública o privada y la inconstitucionalidad que permite cuestionar disposiciones normativas contrarias a la Constitución. La garantía constitucional más utilizada es el amparo; como se ha señalado, no hay ámbito que no sea susceptible de esta garantía constitucional, por lo que su procedencia es amplia incluso en materia judicial.

La Constitución vigente en Guatemala data de la década de los años ochenta, y si bien posee valiosos aportes en el reconocimiento de derechos humanos –entre ellos, la inclusión de una cláusula abierta y la previsión de la preeminencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno en materia de derechos humanos–, cabe observar que la regulación sobre algunos temas no está en consonancia con los estándares internacionales actuales y que carece de regulación respecto de otros.

Además, si bien se estableció la norma que reconoce la preeminencia del Derecho internacional sobre el interno en materia de derechos humanos, esa previsión no ha logrado una fácil aplicación y su texto ha sido objeto de múltiples interpretaciones a lo largo de los 35 años de vigencia de la Constitución. Así, en los primeros años de vigencia del texto constitucional se interpretó que la propia Constitución no debería entenderse

incluida en la acepción «Derecho interno» y, por ende, que un tratado no podría modificarla ni reformarla; en todo caso, se interpretó que los tratados podrían estar a su nivel, pero no podrían tener una jerarquía superior. Más tarde, se estimó que los tratados no podrían ser parámetro de constitucionalidad y que, por ello, aunque existieran normas ordinarias contrarias a los mismos estas últimas mantendrían su vigencia. Hasta 2011 no se reconoció expresamente la existencia de un bloque de constitucionalidad en una sentencia de la Corte de Constitucionalidad, y posteriormente empezó a aplicarse también el control de convencionalidad. Estos criterios fueron reiterados en sentencias constitucionales que establecieron la aplicación directa de tratados internacionales y la inaplicación de la normativa interna contraria a ellos.

Debe señalarse que, si bien en Guatemala se mantiene vigente a nivel constitucional la norma que posibilita la aplicación de la pena de muerte, en virtud del ejercicio del control de convencionalidad se produjo la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena de muerte en los delitos que la contenían y que se encontraban tipificados en el Código Penal y en la Ley contra la Narcoactividad por contravenir la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte IDH, que impide imponerla sobre la base de la «peligrosidad» del actor. Si bien el Congreso tiene la facultad de decidir su abolición, es un tema bastante complejo en Guatemala respecto al que no se ha adoptado esa decisión. Sin embargo, la normativa ordinaria que la regulaba, en el Código Penal y Ley contra la Narcoactividad, ahora no la contiene debido a la declaratoria de inconstitucionalidad decidida por la Corte de Constitucionalidad; no obstante, aún está prevista en el Código Militar. La declaratoria de inconstitucionalidad impediría su aplicación por delitos ordinarios, lo que constituye un valioso avance en materia de protección de los derechos humanos.

La regulación de los derechos humanos individuales (artículos 3 a 46 CPR) está protegida por una rigidez calificada, ya que para reformar alguna de las normas de derechos individuales debe ser convocada una Asamblea Constituyente, situación que no se ha dado durante la vigencia de la Constitución. Por lo que respecta al resto de derechos, se aplica el

sistema de reforma en virtud del cual esta debe aprobarse por el Congreso de la República por mayoría calificada y, para que la reforma cobre vigencia, debe ser posteriormente ratificada por parte de la población. Esta situación tampoco se ha producido durante la vigencia del texto constitucional actual.

Como se ha señalado, el texto constitucional solo ha sido modificado en una ocasión, en 1993, momento en el que el país atravesaba una intensa crisis política. Esta situación de crisis se superó mediante la introducción de reformas de la Constitución que posibilitaron la finalización del mandato de los gobernantes en una fecha anterior a la prevista para poder elegir nuevas autoridades. Si bien es cierto que el texto constitucional debe estar protegido para evitar que sea modificado sin justificación o por intereses de sectores particulares, también debe posibilitarse su reforma para aquellos momentos en los que esta necesaria.

También se ha señalado que el 26 de octubre de 1998, tras de la firma de la Paz y sus Acuerdos, el Congreso de la República aprobó reformas constitucionales que al ser sometidas a la población –que debía aprobarlas como requisito para que cobraran vigencia– fueron improbadas, por lo que no alcanzaron efectividad. En esta reforma se modificaban cuestiones relativas a los derechos humanos como el reconocimiento de la identidad y espiritualidad de los pueblos indígenas, la inclusión del derecho de consulta, la ampliación del reconocimiento del derecho a la salud, los derechos cívicos y el reconocimiento de los idiomas indígenas como oficiales.

Todas estas cuestiones siguen pendientes. Por otra parte, y en lo que respecta a derechos sociales, sería conveniente la inclusión en el texto constitucional de la protección a los diferentes sectores de la población según los estándares actuales, toda vez que se observa que aún se utiliza terminología que actualmente ha sido superada. Además, hay una serie de derechos que aún no han sido desarrollados. Por ejemplo, la protección al medio ambiente solo se menciona en un artículo, sin profundizar en su contenido. La reforma de esta normativa puede hacerse por el Congreso, con la posterior ratificación de la población.

En cuanto a la protección de las comunidades indígenas, el texto supremo previó que el Congreso debía emitir la ley que desarrollara esa temática, regulación que no se ha aprobado, por lo que, con relación a esta cuestión se ha aplicado directamente la Constitución y tratados internacionales –en el caso, por ejemplo, del derecho de consulta–.

En lo que respecta a los estados de excepción, la Constitución regula los casos en los que puede decidirse la suspensión de derechos –y qué derechos pueden suspenderse–, así como los requisitos para ello. Ahora bien, es indispensable que estos mecanismos sean utilizados únicamente cuando ello se torne estrictamente necesario a fin evitar que puedan ser utilizados para limitar los derechos de la población, y deben establecerse por el tiempo mínimo posible según la naturaleza de la situación.

En el caso guatemalteco, la Ley de Orden público es la norma en la que se desarrollan estos estados, pero se trata de una disposición preconstitucional que resulta anacrónica y gran parte de su contenido es difícilmente aplicable porque colisiona con el texto constitucional. El texto constitucional posibilita que en los estados de excepción se suspenda la libertad de emisión del pensamiento en su primer párrafo, que garantiza que es libre la emisión del pensamiento por cualesquiera medios de difusión sin censura ni licencia previa. Esto genera preocupación, ya que por medio de la declaración de un estado de excepción podría suspenderse la libre emisión de pensamiento e incluso sería posible revisar o censurar publicaciones. Este derecho no ha sido suspendido recientemente, pero, como hemos visto, el texto constitucional prevé esa posibilidad. Las garantías constitucionales no pueden ser suspendidas por la declaración de un estado de excepción.

En relación con los derechos humanos en Guatemala, puede estimarse que la inclusión de los artículos 44 y 46, que regulan la cláusula abierta y la de preeminencia del Derecho internacional de los derechos humanos sobre el Derecho interno, ha posibilitado la ampliación del catálogo de derechos fundamentales reconocido en el texto supremo mediante la inclusión de todos aquellos que figuran en diversos tratados internacionales. De esta manera, entre otros, pueden mencionarse el

derecho al nombre, a la vivienda, al mínimo vital o a la educación multicultural. Esto ha permitido que, a pesar de que en Guatemala no ha sido modificada la Constitución en 35 años, se haya ampliado el catálogo de derechos humanos a través de la aplicación directa de los provenientes de tratados internacionales.

Bibliografía

Documentales y bibliográficas

Banco Mundial. El Banco Mundial en Guatemala, Panorama General. Disponible en: <<https://www.bancomundial.org/es/country/guatemala/overview>>.

BETT, Roddy y Francisco RODAS MALTEZ (2008): *Democracia y Derechos Humanos: voz ciudadana*, Ciudad de Guatemala: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Guatemala.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario (2006): *Constituciones iberoamericanas. Guatemala*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

KESTLER FARNÉS, Maximiliano (1997): *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, Ciudad de Guatemala: Editorial José Pineda Ibarra.

Organización de Naciones Unidas Guatemala, *Acerca de Guatemala* Disponible en: <<https://onu.org.gt/acerca-de-guatemala/>>. [Consulta: 12/09/2020.

PIEDRA SANTA ARANDI, Julio (2007): *Geografía visualizada de Centroamérica*, Ciudad de Guatemala: Editorial Piedra Santa.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Guatemala: La pobreza, reflejo de la exclusión y la inequidad* del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en: <https://www.gt.undp.org/content/guatemala/es/home/ourwork/povertyreduction/in_depth.html>.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *La próxima frontera: desarrollo humano y el Antropoceno. Nota informativa para los países acerca del Informe sobre desarrollo Humano, 2020*. Disponible en:

<http://hdr.undp.org/sites/all/themes/hdr_theme/country-notes/es/GTM.pdf>.

Sistema de Naciones Unidas en Guatemala (2014): *Guatemala: Análisis de la situación del país*, Ciudad de Guatemala: Oficina de la Coordinadora Residente (OCR), Guatemala. Disponible en: <<https://onu.org.gt/wp-content/uploads/2016/04/Estudio-de-Situacion-Guatemala.compressed.pdf>>.

Jurisprudencia

Decisiones de la Corte de Constitucionalidad

Sentencia de 18 de febrero de 1992, dictada dentro del expediente 274-91, *Gaceta Jurisprudencial* 23. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 25 de mayo de 1993, dictada en el expediente 225-1993, *Gaceta jurisprudencial* 28. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 30 de octubre de 2001, dictada en el expediente 1095-2001, *Gaceta jurisprudencial* 62. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 19 de junio de 2007, dictada dentro del expediente 1137-2007, *Gaceta Jurisprudencial* 84. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 19 de noviembre de 2007, dictada dentro del expediente 1312-2006, *Gaceta Jurisprudencial* 86. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 21 de enero de 2010, dictada dentro del expediente 2331-2009, *Gaceta Jurisprudencial* 95. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 17 de agosto de 2010, proferida dentro del expediente 2643-2008, *Gaceta Jurisprudencial* 97. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

- Sentencia de 23 de julio de 2012, dictada en el expediente 3501-2011, *Gaceta Jurisprudencial* 105. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 18 de septiembre de 2012, dictada en el expediente 2846-2012, *Gaceta Jurisprudencial* 105. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 31 de octubre de 2012, dictada en el expediente 1458-2012, *Gaceta Jurisprudencial* 106. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 23 de mayo de 2013, dictada en el expediente 4048-2012, *Gaceta Jurisprudencial* 108. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 22 de octubre de 2013, dictada en el expediente 1392-2013, *Gaceta Jurisprudencial* 110. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 13 de agosto de 2015, dictada dentro del expediente 1732-2014, *Gaceta Jurisprudencial* 117. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 08 de septiembre de 2015, dictada dentro de los expedientes acumulados 2-2015, 151-2015, 298-2015 y 1045-2015, *Gaceta Jurisprudencial* 117. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 13 de junio de 2017, dictada dentro del expediente 2105-2016, *Gaceta Jurisprudencial* 124. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 01 de mayo de 2019, dictada dentro del expediente 2309-2018, *Gaceta Jurisprudencial* 132. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.
- Sentencia de 27 de noviembre de 2019, dictada en el expediente 5510-2018, *Gaceta Jurisprudencial* 134. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Sentencia de 16 de julio de 2019, dictada en el expediente 427-2019, *Gaceta Jurisprudencial* 133. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Opiniones y dictámenes

Opinión consultiva de 18 de mayo de 1995, emitida en el expediente 199-95, *Gaceta Jurisprudencial* 36. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Opinión consultiva de 25 de marzo de 2002, proferida dentro del expediente 171-2002. *Gaceta Jurisprudencial* 68. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Opinión consultiva de 12 de diciembre de 2006, dictada dentro del expediente 791-2007, *Gaceta Jurisprudencial* 91. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Opinión consultiva de 31 de marzo de 2009, dictada dentro del expediente 421-2009 *Gaceta Jurisprudencial* 91. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Opinión consultiva de 24 de marzo de 2010 emitida dentro del expediente 371-2010, *Gaceta Jurisprudencial* 95. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Opinión consultiva de 21 de diciembre de 2010, proferida dentro del expediente 3003-2010, *Gaceta Jurisprudencial* 98. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

Dictamen de 11 de julio de 2014, dictado en el expediente 5352-2013, *Gaceta Jurisprudencial* 113. Disponible en: <<https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/>>.

■ **ITALIA**

Elena Bindi

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

El Estado italiano es un Estado social de Derecho, con fundamento en las siguientes características de la Constitución de 1948:

- a) Es pluralista, porque contiene una pluralidad de valores y protege a las minorías.
- b) Es rígida, dado que su modificación requiere un procedimiento especial (art. 138 Const.). Además, el texto constitucional previó la creación de una Corte Constitucional a la que asignó la tarea de controlar la legitimidad de las leyes con respecto a la Constitución.
- c) No solo protege las libertades negativas clásicas de origen liberal sino también los derechos sociales. Además, tutela expresamente la igualdad sustancial (art. 3.2), que es la matriz de los derechos sociales (véase Derechos fundamentales y principios constitucionales).

Las consecuencias prácticas de la definición del modelo de Estado social de Derecho pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Justicia constitucional: se prevén garantías para la protección de las minorías y, en general, de los derechos consagrados en

la Constitución, incluso cuando la ley aprobada por la mayoría política sea inconstitucional.

- b) Supremacía de la Constitución: la noción histórica de la soberanía como categoría fundante del poder público ha sido superada, ya que ningún sujeto tiene poder soberano exclusivo. Soberana es la Constitución, en el sentido que: «La soberanía pertenece al pueblo, que la ejercerá en las formas y dentro de los límites de la Constitución» (art. 1.2° Const.).
- c) Derechos prestacionales: El gasto público ha aumentado debido a que las funciones del Estado se han ampliado, lo que ha incrementado el costo de la realización de las tareas vinculadas a la protección social. Para financiar el gasto público, el Estado recurre principalmente a dos vías: o bien a los ingresos fiscales, o bien a la deuda, mediante la emisión de instrumentos financieros de deuda (véase el modelo económico).

La Constitución italiana del 1948 define un modelo de Estado regional (Título V, Parte II). No obstante, las Regiones no fueron establecidas hasta 1970 y, por tanto, se produjo un grave retraso respecto a las previsiones constitucionales; anteriormente fueron instituidas únicamente las Regiones de autonomía especial.

La Constitución establece una diferenciación entre 5 Regiones con estatuto especial y 15 Regiones con estatuto ordinario. La denominación «Regiones de estatuto especial» responde al hecho de que gozan de formas especiales de autonomía y sus estatutos son aprobados por leyes constitucionales. Hasta 1999, los estatutos de las demás Regiones fueron, en cambio, aprobados por ley en el Parlamento y, por lo tanto, su grado de autonomía era mucho menor.

Lo que distinguía a las Regiones de otras administraciones descentralizadas (municipios y provincias) era su competencia legislativa.

En efecto, el modelo original atribuía al Estado y a las Regiones competencias legislativas generales tasadas (art. 117 Const., texto original).

Después de veinte años, entre 1999 y 2001, el modelo original fue objeto de dos reformas constitucionales (Leyes constitucionales 1/1999 y 3/2001).

En virtud de la reforma de 1999, el estatuto de las Regiones ordinarias se convirtió, a todos los efectos, en una fuente de expresión de la autonomía (art. 123 Const.).

Otra novedad –introducida por la reforma de 2001– fue el sistema de distribución de las competencias legislativas entre el Estado y las Regiones, que enumera las materias de competencia estatal y las de competencia concurrente (el Estado dicta los principios y las Regiones, las normas de desarrollo de conformidad con los principios establecidos por la ley del Estado), mientras que las restantes quedan reservadas de forma residual a la competencia legislativa de las Regiones ordinarias (art. 117 Const.¹). Es decir, las Regiones han devenido titulares de poderes generales y el Estado se ha convertido en titular de poderes taxativamente especificados.

La Constitución establece que, para ejercer sus competencias, las Regiones gozarán de autonomía financiera (ingresos y gastos). Pueden establecer «sus propios impuestos e ingresos, conforme a lo dispuesto en la Constitución y a los principios de coordinación de la Hacienda Pública y del sistema tributario», pero también «dispondrán de una coparticipación en el rendimiento de impuestos del Tesoro procedente de su respectivo ámbito territorial» (art. 119 Const.).

Por otra parte, se ha introducido un nuevo tipo de control «sustitutivo» en los supuestos determinados por la Constitución. En este sentido, el art. 120.2º del texto constitucional dispone: «El Gobierno podrá suplir a los órganos de las Regiones, de las Ciudades, de las Provincias y de los Municipios en caso de inobservancia de normas y tratados internacionales o de la normativa comunitaria o bien de peligro grave para la incolumidad

.....
1 Art. 117.

«El poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales [...]».

y seguridad pública, o cuando así lo exija la preservación de la unidad jurídica o económica y en particular la salvaguardia de los niveles básicos de las prestaciones relativas a derechos civiles y sociales, sin tener en cuenta para ello los límites territoriales de los órganos de gobierno local».

Es preciso aclarar que la Constitución italiana no diferencia los términos que en castellano equivalen a la «ciudadanía» y la «nacionalidad». Al respecto, la Constitución italiana contiene una única disposición sobre la ciudadanía en su artículo 22 que se limita a prohibir la privación de la *cittadinanza*, término cuya traducción se ajusta más al concepto de nacionalidad (así como al de la capacidad jurídica y al del nombre) por motivos políticos. Además de esta disposición, la noción de *cittadinanza* solo aparece en otro precepto, el artículo 117, disposición que, al regular la división de los asuntos de competencia legislativa entre las Regiones y el Estado, asigna a este último la competencia exclusiva precisamente en materia de nacionalidad (párrafo 2, letra I, que incluye también el estado civil y la oficina de registro).

Por lo que respecta al ejercicio de los derechos políticos y, en particular, el de sufragio activo, el primer párrafo del art. 48 constitucional dispone: «Son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres, que han alcanzado la mayoría de edad». La mayoría de edad en Italia se alcanza a los 18 años; hay, no obstante, una excepción: los senadores son elegidos por ciudadanos que hayan cumplido los 25 años (art. 58, 1° Const.). En relación con el derecho de sufragio pasivo, la edad mínima varía según el cargo: por ejemplo, para ser elegido diputado de la Cámara se requiere haber cumplido 25 años (art. 56, 3° Const.); mientras que para ser elegido senador es necesario tener, al menos, cuarenta años (art. 58, 2° Const.). También existe un reconocimiento expreso, al menos formal, de la igualdad de género en el acceso a los cargos públicos (art. 51, 1° Const.²).

.....
2 Artículo 51.1.

«Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y acceder a puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley. Con este fin, la República promueve, mediante las medidas oportunas, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres».

En realidad, la disciplina constitucional en materia de nacionalidad es parca, ya que no hay ninguna disposición que regule la adquisición, pérdida y recuperación de la misma. Estas cuestiones están desarrolladas en la legislación ordinaria, en particular en la Ley 91/1992, aprobada muchos años después de la entrada en vigor de la Constitución para adaptar la legislación sobre el tema –hasta entonces, la Ley 555/1912– al nuevo marco constitucional. Aunque la Constitución establece pocos principios relativos a la nacionalidad, contiene varios principios de mayor alcance y aplicación, principalmente el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales (artículo 2³) y el principio de igualdad (artículo 3⁴), principios que han suscitado más de una duda sobre la legitimidad constitucional de la legislación precedente.

Por lo que respecta a la adquisición de la nacionalidad, la legislación vigente prevé métodos de adquisición por nacimiento y métodos de adquisición posteriores al nacimiento. El criterio absolutamente predominante para la adquisición de la ciudadanía por nacimiento (art. 1 de la Ley 91/1992) es el del *jus sanguinis*: los ciudadanos italianos son aquellos cuyo padre o madre son italianos. La aplicación del criterio del *jus soli* se limita, en cambio, a la prevención de los casos de apatridia: este criterio se utiliza para los hijos de padres desconocidos, los apátridas y los ciudadanos de países que aplican únicamente el *jus soli*. En cuanto a la adquisición de la nacionalidad después del nacimiento, las modalidades absolutamente

.....
3 Art. 2.

«La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social».

4 Art. 3.

«Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

predominantes son el nacimiento y la residencia (art. 4 de la Ley 91/1992), el matrimonio (art. 5 de la Ley 91/1992) y la naturalización (arts. 8, 9 y 10, ley 91/1992). En todos los casos, los requisitos de residencia y de integración son bastante estrictos y dificultan la adquisición de la ciudadanía por parte de los inmigrantes de segunda y tercera generación.

Como se ha señalado anteriormente, no debe perderse de vista que el texto constitucional no distingue los conceptos de «ciudadanía» y «nacionalidad», dado que en la norma suprema y en la ley italianas la *cittadinanza* hace referencia a lo que en castellano equivale a la nacionalidad. Dicho esto, de la letra de la legislación italiana se infiere la idea de una nación étnica de acuerdo con la cual la nación está vinculada a elementos objetivos y materiales y la nacionalidad se transmite de generación en generación, con escasas posibilidades de que los ciudadanos extranjeros formen parte de la comunidad nacional. Incidentalmente, esta preferencia parece confirmarse en la Constitución, que, al referirse a los «italianos no pertenecientes a la República» (art. 51, 2° Const.⁵), presupone la existencia de personas que serían miembros de pleno derecho de la nación italiana, pero que no poseen la ciudadanía italiana.

En relación con el reconocimiento de más de una nación en el Estado, cabe señalar que, aparte de la disposición mencionada, la Constitución no contiene una definición de la nacionalidad distinta de la de ciudadanía y que ni el término nación y sus derivados, reiterados varias veces en el texto constitucional, se utilizan para identificar a una entidad distinta al pueblo italiano, entendido como todos los ciudadanos italianos. Es cierto que la Constitución reconoce entre sus principios fundamentales el del pluralismo y que, en este sentido, admite la existencia de minorías lingüísticas (art. 6 Const.⁶), pero, precisamente sobre la base de los los principios

.....
5 Artículo 51.2.

«Para la admisión a los cargos públicos y a los puestos electivos, la ley podrá equiparar con los ciudadanos a los italianos no pertenecientes a la República».

6 Art. 6.

«La República protegerá a las minorías lingüísticas mediante normas específicas».

de unidad e indivisibilidad de la República (art. 5 Const.⁷), no define a estos grupos como naciones desagregadas o como minorías nacionales.

En el contexto de la Italia de la posguerra, la protección de los derechos sociales era necesaria para reducir las desigualdades y asegurar la «estabilidad» de la nueva estructura constitucional.

Sin embargo, en el Estado social de Derecho ningún derecho es absoluto, dado que derecho encuentra su límite en su relación con otros derechos. Por consiguiente, el legislador italiano ha equilibrado los derechos sociales con otros derechos, aplicando así la forma de Estado social delineada en la Constitución. La Corte Constitucional verifica, por tanto, la corrección de la ponderación ejerciendo el control de constitucionalidad de la ley.

Los gastos necesarios para garantizar los derechos sociales (entre ellos, la salud, el bienestar o la educación) son muy elevados. Por tanto, en Italia el gasto público ha crecido a lo largo de los años y hoy, en el marco de la crisis económica y de la crisis de la deuda pública, esta relación se sitúa en torno al 130 % del PIB.

Sin embargo, el resultado de nuestro modelo de Estado de bienestar ha sido positivo, a pesar de los altos costos de su aplicación, y ha propiciado el aumento del nivel de vida de la población.

Complementario al modelo de Estado social de Derecho es el modelo de Estado regional. Al respecto, la mayor autonomía de las Regiones con estatuto especial es una consecuencia de las peculiaridades geográficas, económicas y lingüísticas de algunas de ellas.

Los resultados de las reformas constitucionales de 1999 y 2001, cuyo objetivo era mejorar la eficacia del Estado y reforzar las competencias de las autoridades territoriales, en aplicación del principio de subsidiariedad y de colaboración leal, fueron escasos en lo que respecta a la mejora del

.....
7 Art. 5.

«La República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales; realizará los servicios que dependen del Estado la más amplia descentralización administrativa; adaptará los principios y métodos de su legislación a las exigencias de la autonomía y de la descentralización».

funcionamiento del aparato público y, por otro lado, los litigios ante la Corte Constitucional aumentaron.

La reforma de 2001 invirtió solo aparentemente este sistema de reparto de competencias, ya que las Regiones se han convertido en titulares de competencias generales, pero en realidad el Estado ha seguido siendo titular de competencias transversales, gracias a las cuales puede intervenir sobre cuestiones incluidas en gran parte de las materias reservadas a la competencia legislativa concurrente o residual de las Regiones, con el único límite de la proporcionalidad con respecto al objetivo perseguido. Además, el principio de subsidiariedad en materia territorial conduce, en general, a un robustecimiento del poder central y a una recentralización normativa avalada por la Corte Constitucional. Según este criterio, las decisiones quedan en manos del poder central cuando se respeten estas dos condiciones: a) debe haber un interés unitario evaluado de manera razonable por el legislador estatal; b) las Regiones deben participar en el procedimiento mediante la aplicación del principio de cooperación leal, (Sentencia 303/2003).

Por último, hay una razón histórica que hasta ahora no ha permitido el establecimiento de un modelo de Estado federal: el Estado italiano nació y se ha desarrollado a partir de una perspectiva unitaria. El artículo 5 de la Constitución italiana establece unos principios fundamentales en estos términos: «La República, una e indivisible, reconoce y promueve las autonomías locales».

A diferencia del Título V, reformado en 2001, la disciplina constitucional sobre la nacionalidad no ha sido revisada sustancialmente. Si bien el artículo 22 nunca ha sido modificado, la referencia a la ciudadanía en el artículo 117 se incluyó expresamente solo después de la reforma constitucional de 2001, que incluyó la ciudadanía en la lista de materias expresamente reservadas a la competencia del Estado.

Más allá de estas consideraciones, es significativo el cambio sustancial que ha experimentado el concepto de ciudadanía a lo largo de los años. Esta modificación ha sido posible sobre todo gracias a la actividad interpretativa de la Corte Constitucional que, al adaptar las disposiciones

constitucionales y legislativas a los principios fundamentales de la Constitución relativos a la inviolabilidad de los derechos fundamentales (art. 2 Const.) y a la igualdad (art. 3 Const.), ha permitido que el contenido y el significado de la ciudadanía evolucionen en un sentido universalista.

En particular, ya en los años sesenta del siglo pasado, la evolución de la interpretación de la Constitución ha permitido la ampliación de múltiples disposiciones constitucionales que utilizan las expresiones «ciudadanos» y «no ciudadanos» (Corte const., Sentencia 120/1962).

Sin embargo, el Tribunal sostuvo que era legítimo que el legislador ordinario estableciera normas diferentes para los nacionales y los extranjeros, siempre que no comprometieran el ejercicio de los derechos inviolables. Sin embargo, la diferenciación entre la posición del ciudadano y la del extranjero debe respetar el principio de razonabilidad: como indica la Sentencia 104/1969, la determinación de las situaciones jurídicas que habría que reconocer a los extranjeros debe ser el resultado de una elección discrecional que tenga en cuenta las diferencias reales de las situaciones de hecho y las evaluaciones jurídicas conexas, pero que nunca puede dar lugar a discriminación.

2. Modelo económico

El modelo constitucional económico ha sido tradicionalmente definido como un sistema mixto. Se trata, en realidad, de una definición muy genérica que debe entenderse en el sentido de que protege a los sectores privado y público, excluyendo, por tanto, el modelo de la economía planificada. Sin embargo, en el balance entre el Estado y el sector privado, parece que el Estado prevalece sobre la autonomía privada, que puede ser limitada por el Estado por razones de utilidad social.

La República Italiana nació con una relación deuda/PIB del 32 % (la más baja de la historia unitaria) y, por lo tanto, con un amplio margen de maniobra para gestionar el gasto público destinado a la reconstrucción. En 1947, Italia se incorporó al FMI y los 1500 millones de dólares que el Plan Marshall asignó a Italia entre 1948 y 1951 (equivalentes aproximadamente al 2 % del PIB) también produjeron efectos institucionales, dado

que obligaron a los gobiernos europeos a sentarse alrededor de una mesa en París para coordinar el uso de la ayuda estadounidense en el marco de una nueva institución cooperativa (la OECE y luego la OCDE).

Cuando se aprobó la Constitución, el Estado tenía una robusta presencia en la economía del país a través de los organismos económicos públicos propietarios de las industrias y los bancos más importantes de Italia; la estructura productiva del país estaba basada en un tejido económico principalmente agrícola en el que, entre otras cosas, existía cierto temor al gran capital privado, considerado como un contrapoder del Estado y como una posible amenaza a los derechos fundamentales. Una prueba de esa cautela es el segundo párrafo del artículo 41, que dispone que la iniciativa económica privada: «No puede llevarse a cabo en oposición al interés social o de tal modo que inflija un daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana».

Ciertamente, la Constitución de 1948 no refleja una visión del mercado como instrumento para asignar los recursos de manera óptima de acuerdo con la ley de la oferta y la demanda y, por consiguiente, no hay instituciones que garanticen el correcto funcionamiento del mercado. El monopolio privado se considera un riesgo para los derechos fundamentales antes que para el buen funcionamiento de la economía. Tan es así, que el artículo 43⁸ prevé la posibilidad de sustituir el monopolio privado por el monopolio público.

En resumen, el modelo económico perfilado por la Constitución de 1948 es una fotografía de la situación existente en el momento de su promulgación y deja varios caminos abiertos. Considera el monopolio privado, pero no el monopolio público, como un mal. Asimismo, el

.....

8 Art. 43.

«Con finalidades de interés general, la ley podrá reservar a título originario o transmitir, mediante expropiación y sin perjuicio de la correspondiente indemnización, al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que estén relacionadas con servicios públicos esenciales o con fuentes de energía o con situaciones de monopolio, y que tengan carácter de interés general prioritario».

constituyente no consideró que la regulación del mercado debiera figurar en el articulado del texto constitucional, ya que probablemente asumió la visión de que se trata de una cuestión de Derecho privado y que, por lo tanto, su normación correspondía al Código Civil.

Sin embargo, al reafirmar la libertad de empresa y establecer, al mismo tiempo, el marco de valores sociales y derechos fundamentales en el que debe desenvolverse, la Constitución se hace eco de un modelo ordo-liberal en lugar de un modelo de economía planificada y dirigida por el Estado. Incluso a través de normas que no están ubicadas en la constitución económica (como el art. 11 Const., que dispone que Italia «accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones [...]») se abre al orden internacional.

En los primeros treinta años de aplicación de la Constitución, el desarrollo económico ha seguido principalmente la vía del «Estado empresario» tanto mediante intervenciones directas (por ejemplo, a través de inversiones en el sur del país, históricamente más atrasado) como indirectas (la creación de un sistema de *holdings* públicos dependientes de un ministerio especial llamado Ministerio de Participaciones Estatales). A lo largo de aquellos años el modelo económico público prevaleció sobre el privado; el modelo del Estado empresario prevaleció sobre el modelo del Estado regulador.

Con el tiempo, sin embargo, el estado empresarial entró en crisis tanto interna como externamente.

Desde el punto de vista interno, la empresa pública se debilitó porque la política le demandaba que desempeñara principalmente funciones de apoyo al empleo. El mercado laboral se volvió más rígido. La deuda pública experimentó una fuerte expansión debido a la necesidad de mantener, mediante el gasto social, la cohesión y el consenso durante los años del terrorismo. Dicha deuda se monetizó a través de una norma que obligó al Banco de Italia a comprar bonos del Estado que luego no se vendieron. El impuesto oculto de la inflación que este sistema generó

fue neutralizado mediante una indexación más que proporcional de los salarios a los precios de consumo.

A consecuencia de estas decisiones, a principios del decenio de 1990 Italia tenía una deuda pública del 120 % del PIB, un sistema de empresas públicas muy endeudadas y subvencionadas por el Estado y, en algunos casos, básicamente improductivas (por ejemplo, EFIM), un sistema de crédito definido como «el bosque petrificado» y dominado por bancos públicos que gozaban de un estatuto especial, alejados de la competencia y con niveles de ineficiencia muy elevados en comparación con el resto del sistema europeo.

Por el contrario, desde un punto de vista externo, el Derecho europeo, inspirado en los principios de libre competencia, circulación de capitales, prohibición de las ayudas del Estado y liberalización de los servicios, se orientó hacia un modelo económico de mercado no subvencionado por el Estado.

Además, el Tratado de Maastricht de 1992 estableció parámetros de deuda, déficit e inflación para el acceso a la moneda única muy alejados de los de Italia.

La constitución económica está establecida en el Título III de la Parte I de la Constitución (arts. 41 a 47).

El artículo 41^o garantiza la iniciativa económica privada, pero en el segundo párrafo introduce una restricción negativa y establece que «no puede tener lugar en conflicto con la utilidad social o de manera que cause daño a la libertad, la seguridad y la dignidad humana». El tercer párrafo refuerza aún más el vínculo entre la iniciativa económica y la utilidad social al disponer que «la ley determinará los programas y controles apropiados para que la actividad económica, tanto pública como privada, se oriente

.....
9 Art. 41.

«La iniciativa económica privada es libre.

No puede desarrollarse en perjuicio del interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana.

La ley establecerá los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda coordinarse y dirigirse a fines sociales».

hacia fines sociales». El significado de esta disposición ha sido muy debatido. En resumen, puede considerarse que esta norma pretendía reconocer la posibilidad de que el Estado interviniera en la economía de manera coordinada, también en consideración a las intervenciones necesarias para la reconstrucción, pero no introducir un sistema de planificación.

El artículo 42¹⁰ regula la propiedad privada, que no se considera un derecho fundamental, lo que constituye un reflejo del nuevo modelo de constitución social basado en el trabajo y la igualdad y no en la propiedad de los bienes. De hecho, la propiedad se garantiza «con el fin de asegurar su función social» y puede ser expropiada siempre que se abone al propietario una indemnización adecuada, aunque no necesariamente completa,

El artículo 43 constitucionaliza la institución de la reserva original, es decir, la posibilidad de que el Estado reserve por ley o transfiera el ejercicio de una determinada actividad empresarial al Estado o a un organismo público.

El artículo 44 regula la propiedad de la tierra y tiene por objeto evitar el fenómeno del latifundismo, mientras que el artículo 45 reconoce la función social de la cooperación y la mutualidad, y atribuye a la ley la función de promover y fomentar su desarrollo por los medios más adecuados.

El artículo 46 reconoce el derecho de los trabajadores a colaborar en la gestión de las empresas.

El artículo 47, una disposición concebida para la protección del ahorro establece: «La República estimula y protege el ahorro en todas sus formas; regula, coordina y controla la actividad de crédito». Se trata de un precepto que

.....
10 Art. 42.

«La propiedad es pública o privada. Los bienes económicos pertenecen al Estado, a entidades o a particulares.

La propiedad privada estará reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus formas de adquisición y de goce, así como sus límites, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La propiedad privada podrá ser expropiada por razones de interés general en los casos previstos por la ley y sin perjuicio de la correspondiente indemnización.

La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria, así como los derechos del Estado en materia de sucesiones».

traduce, a nivel constitucional, la ley bancaria vigente desde 1936 y el llamado sistema seccional de crédito, es decir, un orden que, como hemos dicho, está regido por autoridades políticas y administrativas con normas, preceptos y autorizaciones para garantizar los intereses propios de ese mercado.

Los nuevos modelos económicos impulsados por la Unión Europea, junto con la necesidad de reducir la deuda pública, propiciaron una nueva interpretación de la Constitución.

Por un lado, el artículo 41 fue «redescubierto» por primera vez como la base jurídica de la protección del mercado en algunos estudios de la década de los 90; el artículo 1 de la Ley 287/1990 estableció la Autoridad Antimonopolio en aplicación del artículo 41. El mercado y sus reglas fueron, por lo tanto, reconocidos a través de la interpretación del artículo 41.

Por otra parte, la creación de la Autoridad Antimonopolio fue el punto de partida para el inicio de un proceso de privatizaciones (primero se privatizaron los bancos públicos, luego los principales organismos económicos públicos) y de liberalización (servicios de transporte y telecomunicaciones). Para regular los mercados, a mediados de los años noventa, nació un sistema articulado de autoridades independientes dotadas de poderes de regulación, autorización y sanción y situadas al margen de las administraciones competentes cuya función es regular los mercados de referencia. La legitimidad de estas autoridades, fuertemente cuestionada en el período inicial, reenvía actualmente a la llamada democracia procesal, es decir, a los mecanismos de transparencia, participación y motivación de las decisiones.

Lentamente se desarrolló lentamente una nueva cultura económico-jurídica según la cual la Constitución debe interpretarse de manera integrada con los tratados de la Unión Europea, legitimando progresivamente las funciones del Estado centradas en la regulación del mercado y no en la gestión directa de las actividades económicas.

Una importante reforma, reclamada por la Unión Europea¹¹, fue introducida por la Ley const. 1/2012 en el párrafo 1 del artículo 81 con el

.....

¹¹ Tras la grave crisis económica iniciada en 2008, y para superar los riesgos de inestabilidad de la moneda única, la Unión Europea aprobó una serie de

fin de obligar al Estado a lograr el equilibrio presupuestario: «El Estado garantizará el equilibrio entre ingresos y gastos en su balance, teniendo en cuenta las fases favorables y desfavorables del ciclo económico». Además, en el párrafo 1 del artículo 97 se ha adicionado esta previsión: «Las Administraciones públicas, en consonancia con el ordenamiento de la Unión Europea, garantizarán el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad de la deuda pública».

El hecho de que la constitución económica italiana haya albergado dos modelos sustancialmente diferentes confirma que la soberanía de las constituciones en materia económica es limitada. Las interconexiones económicas, las cadenas de valor y la llamada globalización económica estimulan la conformación de sistemas en los que los hechos económicos normalmente configuran la interpretación de las normas jurídicas y no al revés. El emplazamiento de las autoridades reguladoras fuera de los confines de los Estados y las redes de autoridades reguladoras supranacionales, que se multiplicaron después del año 2000, han debilitado aún más las constituciones económicas –si nos referimos a la determinación de los modelos de desarrollo–, dejando a los Estados la posibilidad de intervenir solo en la fase posterior a los modos de producción de bienes y servicios mediante la redistribución, los derechos sociales y el bienestar.

Por esta razón, además, la Constitución económica italiana ha mantenido su solidez a lo largo del tiempo. El modelo liberal ortodoxo de la economía social de mercado, plasmado indirectamente –y no conscientemente– en la Constitución, permite oscilaciones entre modelos más y menos intervencionistas. Estas oscilaciones, en principio muy fuertes, están destinadas a reproducirse como consecuencia de la evolución de la situación económica: la crisis de 2008-2012 evidenció, al igual que la crisis de la Covid-19, un retorno significativo de la intervención estatal. Sin

.....
instrumentos entre los que se encuentra el *Fiscal compact* de 30 de enero de 2012: se trata de un pacto que vincula a los Estados pertenecientes a la moneda única (Eurozona) a perseguir el equilibrio presupuestario, obligándoles a incluir este principio en disposiciones preferentemente constitucionales.

embargo, esas fluctuaciones son cada vez menos violentas cuanto más se consolidan los principios del mercado y la competencia, la regulación de los mercados como requisito previo para la existencia misma del mercado y las autoridades independientes, garantes de esos mercados, que actúan mediante normas comunes a nivel europeo. Estos principios constituyen también una especie de «constitución económica material supranacional» que condiciona y estabiliza, más allá de posibles oscilaciones, la constitución nacional formal.

3. Modelo político y sistema de gobierno

La Constitución italiana adoptó una forma de gobierno parlamentario, caracterizada por la existencia de una relación de confianza entre el Parlamento y el Gobierno.

Tal configuración se basa en los tres órganos clásicos: el Parlamento, el Gobierno y el presidente de la República.

El Parlamento, elegido por sufragio universal y directo (arts. 56 y 57 Const.), elige a su vez al presidente de la República. En su elección participarán tres delegados por cada región (manifestación de la forma de Estado regional).

La elección del presidente de la República no queda en manos solo de la mayoría política, dado que requiere una mayoría cualificada (es decir, resulta necesario lograr la aprobación de ciertas minorías). De hecho, la mayoría exigida es de dos tercios de la asamblea. «Después de la tercera votación será suficiente la mayoría absoluta» es decir, una mayoría de la mitad más uno de sus miembros (art. 83, 3° Const.).

El presidente de la República, concebido por la Constitución como un órgano de garantía y, por lo tanto, políticamente irresponsable, nombrará al presidente del Consejo de Ministros y, a propuesta de él, a los ministros (art. 92, 2° Const.).

El Gobierno, que asume la dirección política, «debe contar con la confianza de ambas Cámaras»: la mayoría requerida es una mayoría relativa, es decir, una mayoría de la mitad más uno de los presentes. Se trata de una forma de gobierno débilmente racionalizada, dado que los

mecanismos para hacer que el Ejecutivo sea estable son limitados (cfr. *infra* art. 94 Const.).

En la Constitución se consagra un Congreso bicameral, que «se compone de la Cámara de Diputados y del Senado de la República. El Parlamento se reúne en sesión común de los miembros de las dos Cámaras únicamente en los casos previstos por la Constitución» (art. 55 Const.).

De acuerdo con el principio del bicameralismo perfecto o paritario, ambas Cámaras tienen las mismas competencias.

El artículo 70 dispone: «La función legislativa será ejercida colectivamente por ambas Cámaras», mientras que el artículo 94 establece que «cada Cámara otorgará o revocará su confianza mediante moción motivada». Por tanto, todas las leyes deben ser objeto de doble aprobación, y la confianza en el Gobierno ha de ser conferida por ambas Cámaras.

En relación con la existencia de otros órganos legislativos además del Congreso, cabe señalar que el Gobierno puede adoptar actos con fuerza de ley: decretos legislativos y decretos-leyes (art. 76 y 77); sin embargo, la Constitución establece límites a esta facultad. Por una parte, el art. 77.1º dispone: «No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria». Por otra, el art. 76 estipula: «No se podrá delegar al Gobierno el ejercicio de la función legislativa, a menos que se especifiquen los principios y criterios directivos y únicamente por plazo limitado y para asuntos determinados».

Ahora bien, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno puede adoptar, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley. El Gobierno «deberá presentarlas el día mismo para su convalidación a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán convocadas a tal y efecto y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueron convertidos en ley en el plazo de sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos» (arts. 77, 2º y 3º Const.).

Además, los Consejos Regionales ejercerán las potestades legislativas en las materias que sean competencia de las Regiones (arts. 117 y 121 Const.; véase el modelo de Estado).

Entre el gobierno y el Congreso debe haber una relación de confianza. En este sentido, el artículo 94 Const. establece:

«El Gobierno debe contar con la confianza de ambas Cámaras.

Cada Cámara otorgará o revocará su confianza mediante moción motivada y votada por llamamiento uno por uno.

Dentro de los diez días siguientes a su constitución el Gobierno se presentará ante las Cámaras para obtener su confianza.

El voto contrario de una de las Cámaras o de ambas sobre una propuesta del Gobierno no conlleva la obligación de dimitir.

La moción de censura deberá ir firmada, como mínimo, por la décima parte de los miembros de la Cámara y no podrá ser discutida antes de haber transcurrido tres días desde su presentación».

El mecanismo del artículo 94 posibilita que el Gobierno cuente con cierta estabilidad para funcionar eficientemente.

Corresponde también, al Gobierno la iniciativa legislativa (art. 71 Const.¹²). En una forma de gobierno parlamentario, la iniciativa del Gobierno es la más importante, tanto cualitativa como cuantitativamente, dado que tiene que materializar su programa mediante la proposición de proyectos de ley al Parlamento.

El Parlamento controla los actos con fuerza de ley adoptados por el Gobierno, los decretos legislativos primero, mediante la ley de delegación; los decretos que tengan fuerza de ley ordinaria después, mediante la ley de conversión (véanse los artículos 76 y 77 Const.).

.....
12 Art. 71.

«La iniciativa legislativa pertenece al Gobierno, a cada miembro de las Cámaras y a los órganos y entidades a los que la confiera una ley de rango constitucional. El pueblo podrá ejercer la iniciativa legislativa mediante la propuesta, por parte de al menos cincuenta mil electores, de un proyecto redactado y estructurado por artículos».

El presidente de la República controla la legitimidad constitucional de las leyes antes de promulgarlas. A este respecto, el artículo 73, 1º Const. establece:

«Las leyes serán promulgadas por el Presidente de la República dentro del mes siguiente a su aprobación».

Además, el artículo 74 Const. dispone:

«El presidente de la República, antes de promulgar la Ley, podrá, mediante mensaje motivado, pedir a las Cámaras una nueva deliberación [poder de reenvío].

Si las Cámaras aprueban nuevamente la ley, esta deberá ser promulgada».

El Parlamento controla al presidente de la República. De hecho, el presidente puede ser «acusado por el Parlamento en sesión conjunta, por mayoría absoluta de sus miembros, por alta traición o violación de la Constitución» (art. 90 Const.).

El objetivo principal de la Constitución de 1948 era consolidar la democracia conseguida en Italia, prestando especial atención a los elementos de garantía para asegurar el pluralismo. Previó instrumentos débiles para fortalecer al Gobierno y probablemente no puso suficientes diques para evitar la degeneración del sistema de partidos.

La forma del gobierno parlamentario italiano se logró, de hecho, en el marco de un sistema multipartidista extremo y con un sistema electoral proporcional. En este modelo, el momento de la votación no permitía identificar ni al primer ministro ni a la mayoría del Gobierno (como sucede en los sistemas bipartidistas y bipolares). El presidente de la República desempeñó un papel importante tanto en la fase de formación del Gobierno como en la de crisis del mismo.

Para remediar este proceso de degeneración, se planteó la posibilidad de revisar la Constitución a principios del decenio de 1980 (en 1983 se creó una Comisión Bicameral de Reformas Constitucionales; en 1993

se constituyó otra y en 1997 se estableció otra más). No obstante, no se sometió ninguna propuesta a votación. En su lugar, el Parlamento aprobó dos reformas constitucionales, también con el fin de fortalecer los poderes del Ejecutivo, pero tanto en 2006 como en 2016 las reformas sometidas a referéndum popular no fueron aprobadas por la mayoría requerida (véase Democracia y participación).

Dado que no se ha modificado el modelo constitucional para superar la debilidad del Ejecutivo y remediar las situaciones de ingobernabilidad, el sistema electoral proporcional ha sido reformado varias veces.

En 1953 se aprobó una ley electoral que preveía un premio mayoritario, pero en las elecciones generales, ninguna lista lo obtuvo, por lo que la ley fue derogada y volvió a aplicarse el sistema proporcional. En 1993 se promulgó una nueva ley electoral y en 2005 se aprobó otra (que fue posteriormente declarada ilegítima por la Corte Constitucional en la Sentencia nº 1 de 2014). Ambas reformas pretendían lograr el objetivo de escorar el sistema hacia un modelo bipolar, es decir, un sistema basado en dos coaliciones de partidos opuestos, aunque utilizando técnicas diferentes. En el primer caso, mediante un sistema mayoritario corregido en sentido proporcional, y en el segundo caso mediante una ley proporcional corregida en sentido mayoritario. Más allá de los evidentes vicios de inconstitucionalidad que presentaba –vicios asociados al diferente mecanismo electoral previsto para del Senado–, este último sistema no pudo garantizar la gobernabilidad.

Actualmente está en vigor la Ley 165/2017, que establece un sistema mixto de 2/3 de proporcionalidad y 1/3 de mayoría. A fin de evitar una fragmentación excesiva, existen umbrales para la parte proporcional.

El modelo de bicameralismo en igualdad de condiciones también fue objeto de los proyectos de revisión constitucional que fracasaron en 2006 y 2016. De hecho, el bicameralismo igualitario (o perfecto) no tiene parangón en los sistemas constitucionales, dado que cuando hay un sistema bicameral se tiende a diferenciar la segunda Cámara en cuanto a su composición y competencia, mientras que en nuestro sistema la segunda Cámara actúa principalmente como Cámara de reflexión. Esta

configuración ha contribuido a que el proceso legislativo italiano se caracterice por su considerable lentitud.

La Ley constitucional 2/1963 modificó los artículos 56, 57 y 60 de la Constitución. Prolongó el mandato tanto del Senado de la República como de la Cámara de Diputados a cinco años y fijó el número de diputados y senadores elegidos independientemente de su relación con la población en 630 y 315 respectivamente.

Posteriormente, la Ley cost.1/2001 dispuso que debían elegirse 12 diputados y 6 senadores en la circunscripción del extranjero (párrafo 2 del artículo 56 y párrafo 2 del artículo 57 constitucionales). Por último, el número de parlamentarios, considerado excesivo también por los elevados gastos que generaba, se ha reducido a 400 y 200 tras una revisión constitucional aprobada por referéndum en septiembre de 2020. Después de esta reducción, en la circunscripción del extranjero deben elegirse solamente 8 diputados y 4 senadores.

La Ley 3/1993 introdujo una importante reforma en el ámbito de la inmunidad parlamentaria. Fue una de las reformas más significativas para hacer frente a la crisis que atravesaba el sistema político-institucional a principios de los años 90, marcado por el desbordamiento de las investigaciones sobre casos de corrupción que afectaban a la clase política. La nueva redacción del art. 68 de la Constitución eliminó la prerrogativa parlamentaria de la autorización de proceder (prevista en el párrafo 2 del texto original, para proteger al Parlamento de posibles actos de persecución por parte de la magistratura).

Una de las más aceradas críticas apunta a la lentitud de los procesos de adopción de decisiones por el legislador, dilación que ha derivado en el uso anómalo del decreto-ley por parte del Gobierno fundado en una interpretación muy amplia de los requisitos de necesidad y urgencia.

Además, en caso de que el Parlamento no lo convierta, se ha optado por repetir varias veces el decreto-ley, de modo que, en lugar de ser un acto temporal de corta duración, se ha estabilizado en el tiempo.

De este modo, los excesivos decretos de emergencia han ido transformando la forma de gobierno parlamentario, desplazando

subrepticamente el equilibrio de la normalización primaria entre el Parlamento y el Ejecutivo y convirtiendo al primero en un órgano de mera ratificación de las decisiones adoptadas por el Gobierno.

En un primer momento, a requerimiento de la Corte Constitucional, el legislador italiano trató de frenar los abusos mediante la aprobación de la Ley 400/1988, determinando que ciertas cuestiones no podían ser reguladas por decretos-leyes. Sin embargo, la ley en cuestión es una ley ordinaria y, por lo tanto, las limitaciones impuestas no son de rango constitucional.

Posteriormente, intervino la jurisprudencia constitucional, que desde principios del decenio de 1990 ha declarado inconstitucional un decreto ley cuando las condiciones de necesidad y urgencia son manifiestamente inexistentes, así como la repetición del decreto cuando no hay hechos nuevos que lo justifiquen. Además, la Corte ha declarado que la ley de conversión no puede remediar la falta de los requisitos de necesidad y urgencia, y que el Parlamento no puede introducir enmiendas a la ley de conversión que no estén directamente relacionadas con la materia del decreto-ley.

Por lo tanto, el control del Parlamento sobre el decreto de emergencia no funcionó; la Corte Constitucional tuvo que intervenir para recordar que este instrumento debe ser excepcional. De lo contrario, se insta un modelo incompatible con la forma de gobierno parlamentario, es decir, con la primacía de la ley del Parlamento y, en última instancia, con el sistema democrático representativo.

El control que ejerce el presidente de la República mediante el poder de reenvío está destinado a garantizar el cumplimiento de la Constitución y no a corregir las decisiones de política legislativa. Se cree que el presidente no puede hacer remisiones por razones de desacuerdo con la dirección política. Sin embargo, los principios constitucionales, especialmente en materia de libertad, son muy amplios, por lo que el presidente dispone de un gran margen de maniobra.

Finalmente, ningún presidente de la República ha sido acusado por el Parlamento, que nunca ha ejercido este tipo de control.

En resumen, los puntos débiles de nuestra Constitución son la eficiencia y estabilidad del Ejecutivo. En un contexto de reformas globales de la maquinaria del Estado que son objetivamente necesarias, parece conveniente modificar las disposiciones relativas a los poderes del Gobierno, a fin de recuperar su eficiencia.

4. Democracia y participación

La Constitución italiana reconoce tanto el modelo de democracia representativa como el modelo de democracia directa.

El modelo de democracia representativa se basa, por una parte, en los partidos políticos, que son considerados como el catalizador entre la sociedad civil y los órganos constitucionales (artículo 49: «Todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para participar democráticamente en la determinación de la política nacional»), y, por otra, en la expresión del voto de la ciudadanía destinado a elegir a sus representantes (artículo 48: «Son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres que hayan alcanzado la mayoría de edad. El voto es personal e igual, libre y secreto [...]»).

Normalmente, el control popular sobre la coherencia y la eficacia de la dirección política adoptada por la mayoría ganadora de las elecciones se ejerce, por tanto, normalmente en el momento de las elecciones mediante la posibilidad de renovar o no el mandato de los elegidos.

Por otra parte, las instituciones de la democracia directa se basan en la posibilidad de que los ciudadanos expresen directamente, sin mediación de los partidos políticos y sus representantes, una manifestación de voluntad atribuible al Estado.

Los mecanismos de democracia directa son los siguientes: la iniciativa legislativa popular, el derecho de petición y algunos tipos de referéndum.

El artículo 71,2° de la Constitución establece: «El pueblo podrá ejercer la iniciativa legislativa mediante un proyecto de Ley redactado en artículos, propuesto por un mínimo de cincuenta mil electores».

El artículo 50 de la Constitución regula el derecho de petición: «Todos los ciudadanos pueden dirigir peticiones a las Cámaras para pedir que se dicten disposiciones legislativas o exponer necesidades de índole común».

El derecho de petición difiere de la iniciativa legislativa porque, si se demanda una medida legislativa, la petición no sigue las formas establecidas en el artículo 71 (no se exige un número mínimo de peticionarios ni un requisito formal para presentar un proyecto de ley redactado en artículos). Además, la petición también puede utilizarse para presentar reclamos sobre necesidades comunes y, por lo tanto, no necesariamente la adopción de una medida legislativa..

La Constitución italiana regula algunos tipos de referéndum: el *referéndum derogatorio* sobre las leyes y actos con fuerza de ley previsto en el art. 75 de la Constitución y el *referéndum de aprobación* previsto: a) en el procedimiento de aprobación de las leyes de revisión de la Constitución y de las demás leyes constitucionales (art. 138,2° Const.); b) en el procedimiento de aprobación de los estatutos de las Regiones ordinarias (art. 123,3° Const.) y c) en el procedimiento previsto para disponer la fusión entre Regiones existentes o la creación de Regiones nuevas y para separar los municipios y las provincias de las Regiones a las que pertenecen y agregarlos a otra (art. 132 Const.).

El *referéndum derogatorio* sirve «para decidir sobre la derogación total o parcial, de una Ley o de un acto con fuerza de Ley, cuando lo soliciten quinientos mil electores o cinco Consejos regionales. No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales. La propuesta sometida a referéndum será aprobada si ha participado en su votación la mayoría de quienes tengan derecho de voto [cuórum] y si se alcanza la mayoría de los votos válidamente emitidos» (art. 75 Const.).

Después de esbozar algunas reglas sobre el referéndum, el último párrafo de este artículo establece: «La Ley determinará las modalidades de celebración del referéndum».

Se trata de una norma que dispone un efecto diferido, dado que, a falta de la ley de aplicación, no puede utilizarse el mecanismo del referéndum de derogación. De hecho, este mecanismo no se aplicó en Italia hasta 1970. Finalmente, la Ley 352/1970 reguló el procedimiento del referéndum, distinguiendo varias fases: la fase de iniciativa, la del depósito de firmas, la de comprobación de la legitimidad de la petición de referéndum presentada por la Oficina Central del Referéndum ante el Tribunal de Casación, la de la sentencia de admisibilidad dictada por la Corte Constitucional, la de convocatoria, la de votación y sondeo y la de proclamación del resultado.

En el juicio de admisibilidad, la Corte Constitucional identificó otros límites además de los expresamente previstos en el artículo 75 de la Constitución.

Estos límites son, por ejemplo, las leyes constitucionales, las leyes de revisión de la Constitución, así como las leyes reforzadas (aquellas que necesitan de una mayoría especial para su aprobación). La Corte también señaló que la propuesta sometida a referéndum debe ser homogénea, en el sentido de que no puede contener «una tal pluralidad de preguntas heterogéneas, carentes de una matriz racionalmente unitaria». Según la Corte Constitucional, las propuestas deben «ser tales que exaltan y no limitan sus posibilidades de elección; mientras que es manifiesto que un voto bloqueado en múltiples complejos de temas, que no pueden reducirse a una sola cuestión, contradice el principio democrático, afectando efectivamente la libertad de voto en sí misma (en violación de los artículos 1 y 48 de la Constitución)» (Corte Const., Sentencia 16/1978).

Por lo que respecta al análisis del *referéndum de aprobación* previsto en la Constitución, en primer lugar, hay que recordar que este referéndum se propone para aprobar la ley de revisión constitucional y que, de hecho, si la mayoría de los votos válidos no se expresan a favor, la ley no se promulga (art. 138 Const.).

El referéndum de aprobación es la garantía más importante de la rigidez constitucional. La posibilidad de solicitar un referéndum constituye un poder que la Constitución atribuye a las minorías: una quinta parte de los miembros de una Cámara constituyen una minoría, aunque «no

esporádica» o infinitesimal, mientras que quinientos mil votantes constituyen un número muy reducido de cualquier partido puede «reunir» para solicitar la celebración de un referéndum constitucional.

La votación popular en el referéndum constitucional constituye, por otra parte, una evidente evocación del poder constituyente. Del mismo modo que la aprobación de la Constitución fue una expresión del poder constituyente del pueblo, en el proceso de revisión de la Constitución se recurre a este mismo poder constituyente.

Es el pueblo, de hecho, el que «aprueba» el proyecto de reforma de la Constitución a través de su voto directo expresado en el referéndum.

Un referéndum de aprobación muy similar al previsto en el art. 138 está regulado en el art. 123¹³, no por casualidad referido al procedimiento de aprobación de los estatutos regionales, ya que el estatuto es una fuente regional de mayor jerarquía que la ley regional y regula aspectos relevantes de la organización y la estructura interna de la región (como la Constitución). En particular, el artículo 123 establece: «Se someterá a referéndum popular el Estatuto si dentro de los tres meses siguientes a su publicación así lo pidiere una quincuagésima parte de los electores de la región o un quinto de los miembros del Consejo Regional. No se publicará el Estatuto sometido a referéndum de no ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos».

Por último, el art. 132,2° Const. prevé otro tipo de referéndum. Específicamente, este precepto dispone: «Se podrá, con el voto favorable, expresado en referéndum, de la mayoría de las poblaciones interesadas de la Provincia o Provincias interesadas o del Municipio o Municipios interesados y mediante Ley de la República, una vez oídos los Consejos Regionales, autorizar que determinadas provincias o municipios que así lo hayan solicitado, queden segregados de una Región y se incorporen a otra».

.....
13 Art. 123.1.

«Cada Región tendrá un Estatuto por el que, de conformidad con la Constitución, se establecerá su forma de gobierno y sus principios fundamentales de organización y funcionamiento. El Estatuto regulará el ejercicio del derecho de iniciativa y de referéndum sobre las leyes y disposiciones administrativas de la región, así como la publicación de las leyes y reglamentos regionales.»

Por consiguiente, para separar los municipios y las provincias de una región y agregarlos a otra es necesario, además de la opinión de los Consejos Regionales, la celebración de un referéndum popular en el que se consulte a la población de los municipios interesados. El referéndum y la opinión de los Consejos Regionales constituyen el momento de reforzar la ley. En el caso de las leyes que satisfagan las necesidades de las comunidades locales, se considera que debe atribuirse un papel importante a las comunidades que se ven directamente afectadas por el acto legislativo. En estos casos, la razón de ser del refuerzo reside en la protección de la autonomía.

En el modelo organizativo de la Constitución Italiana, basado en el principio de la democracia representativa, el pueblo no participa directamente en la formación de la dirección política. De hecho, los mecanismos de democracia directa previstos en el texto constitucional no pueden sustituir a los órganos de dirección política. El desempeño de esta función contravendría la arquitectura constitucional general, y el sistema de pesos y contrapesos que la Constitución ha establecido para los órganos constitucionales que participan en la orientación política.

El mecanismo más importante de la democracia directa es el referéndum derogatorio. Ahora bien, tanto en 2006 como en 2016 el referéndum de aprobación en los procedimientos de revisión de la Constitución desempeñó un papel muy importante, dado que impidió las revisiones constitucionales, ya aprobadas por el Parlamento, que tenían por objeto fortalecer al Gobierno, abandonar el bicameralismo igualitario y simplificar el modelo regional.

Sin embargo, en presencia de una forma de gobierno parlamentario suficientemente racionalizada, el referéndum derogatorio solo puede ser un instrumento extraordinario y excepcional. El uso frecuente del mecanismo tiende a deslegitimar las instituciones parlamentarias y corre el riesgo de generar desconfianza en el órgano electoral de las instituciones representativas.

El referéndum derogatorio también concede la oportunidad de intervenir (y en esto puede desempeñar un papel importante) a la llamada

sociedad civil para expresar su opinión sobre leyes que regulan asuntos que no están directamente relacionados con la dirección política, pero que inciden en valores éticos implicados en cuestiones (por ejemplo, el aborto) sobre las que pueden existir diferentes sensibilidades.

En la rica experiencia italiana se han celebrado 67 referéndums derogatorios (contra un número mucho mayor de solicitudes, la mayoría de las cuales fueron declaradas inadmisibles por la Corte Constitucional), pero progresivamente el referéndum ha dejado de ser un instrumento para derogar leyes y se ha convertido en un instrumento de dirección política y en un motor de reforma.

De hecho, desde el primer referéndum derogatorio de 1974 sobre la ley que introdujo el divorcio en Italia, se ha recurrido profusamente a este mecanismo de democracia directa hasta la década de 1990, cuando se utilizó para introducir el sistema electoral mayoritario en lugar del proporcional, lo que potenció el carácter creativo y no meramente derogatorio del referéndum.

Después de eso, desde el decenio de 1990 se ha producido un debilitamiento sustancial de este mecanismo debido a la escasa participación en la votación y a la dificultad de lograr un cuórum estructural. La revisión constitucional (Proyecto de Ley nº 1429/2014) había intentado remediar esta dificultad reduciendo los cuórum exigidos por el art. 75, reforma que fracasó por la prevalencia del voto negativo en el referéndum de aprobación de 2016.

Los otros mecanismos de democracia directa en un sistema democrático representativo como el italiano no han desempeñado un papel relevante.

De hecho, la iniciativa legislativa directa del pueblo tiene muy pocas posibilidades de prosperar en el proceso parlamentario. Si la iniciativa es compartida por la mayoría, será asumida por el Gobierno, si es compartida por algunos partidos de la oposición es mucho más fácil presentarla a través de una iniciativa parlamentaria asumida por un grupo parlamentario. Sin embargo, si la iniciativa legislativa popular no es asumida por el

Gobierno o transferida a proyectos de ley de origen parlamentario, tiene muy pocas posibilidades de culminar con la aprobación de una ley.

Por otra parte, el derecho de petición, que tiene una historia ilustre, se utiliza muy poco en las democracias contemporáneas, en las que los canales de expresión de la opinión pública pueden ser muy articulados, mientras que las peticiones al Parlamento tienen muy pocas posibilidades de crear un consenso político.

5. Justicia Constitucional

En Italia, el control de constitucionalidad se introdujo por primera vez en la Constitución de 1948, pero en realidad no empezó a funcionar hasta 1956. Por otra parte, la anterior Carta Constitucional (Estatuto Albertino de 1848) no contenía ningún sistema de control de constitucionalidad.

La Constitución prevé la conformación de una Corte Constitucional «compuesta por quince jueces, un tercio de los cuales son nombrados por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas. Los magistrados de la Corte Constitucional se eligen entre los magistrados –incluso los jubilados– de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los profesores catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional. Los magistrados del Tribunal constitucional serán nombrados por nueve años, [...] y no podrán ser nuevamente designados» (art. 135, 2° Const).

Es evidente que la composición de la Corte refleja la llamada «doble alma» del Tribunal: la judicial y la política.

La actividad de la Corte Constitucional se rige por el principio de colegialidad. No hay opiniones disidentes o coincidentes.

El presidente de la Corte es elegido «entre sus miembros, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los plazos de vencimiento del cargo de juez» (art. 135,5° Const.). Tiene la facultad de elegir al juez relator, de convocar a la Corte en la Sala

del Consejo, de fijar la audiencia del caso. En caso de empate, el voto del presidente contará dos veces.

El modelo elegido en la Constitución es un modelo mixto.

La Constitución regula la Corte Constitucional y establece sus competencias, pero no cómo acceder a ella. Estos extremos fueron establecidos por una ley constitucional (Ley const. 1/1948) y una ley ordinaria (Ley ord. 87/1953).

Sin embargo, sería más preciso calificarlo como un control mixto, dado que, aunque existe una Corte Constitucional que juzga sobre la ilegitimidad de la ley (modelo centralizado), la cuestión de la legitimidad constitucional se plantea en relación con un juicio sobre situaciones jurídicas subjetivas (modelo difuso y concreto). Por esta razón, «cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de una norma con fuerza de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia» y la sentencia produce un efecto general de anulación de la ley, es decir, con efectos para todos (*erga omnes*, como en el modelo centralizado y abstracto, art. 136,1° Const.), pero retro trayéndose a la entrada en vigor de la ley (*ex tunc*, como en el modelo difuso, art. 30 Ley 87/1953). Es decir, produce efectos no solo para las relaciones surgidas después de la publicación de la sentencia, sino también para todas aquellas relaciones surgidas de la ley declarada constitucionalmente ilegítima; con el límite de las llamadas relaciones agotadas, es decir, aquellas situaciones ya definitivamente cerradas, y que, por lo tanto, sobre la base de las normas generales del ordenamiento jurídico, no pueden ser «puestas de nuevo en juego».

Por otra parte, la sentencia de falta de fundamentación tiene efectos *inter partes* y el juez no puede plantear la misma cuestión en el marco del mismo procedimiento.

Las competencias del Tribunal están previstas en la Constitución y en una ley constitucional.

El artículo 134 Const. establece:

«La Corte Constitucional juzgará:

sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de Ley, del Estado y de las Regiones;
sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí;
sobre las acusaciones promovidas contra el presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución».

Además, según lo dispuesto en la Ley const. 1/1953, la Corte se pronuncia sobre la admisibilidad del referéndum derogatorio (véase Democracia y participación).

Los principales mecanismos de control de la jurisdicción constitucional son los siguientes:

1. Control *abstracto* (juicio en vía principal o por acción): porque el Estado y las Regiones pueden demandar directamente la ley ante la Corte Constitucional; este juicio es «a las partes necesarias» porque las partes deben estar necesariamente presentes en el proceso: hay un recurrente y un demandado. Además, el recurso contra la ley por parte del Estado o de las Regiones debe presentarse dentro de los sesenta días siguientes a la aprobación de la ley. A diferencia del juicio incidental (que se caracteriza por su concreción), se trata por tanto de un juicio esencialmente «abstracto» es decir, referido a un acto que aún no se ha ejecutado (o que se ha ejecutado durante un período muy breve).

2. Control *concreto* (juicio por vía incidental): la Corte Constitucional no se pronuncia sobre la legitimidad de una ley en abstracto, sino en términos concretos en relación con los defectos identificados por el juez (llamado juez *a quo*), cuando tiene que aplicar una ley en un caso que él resuelve. Por lo tanto, si tiene dudas sobre la legitimidad constitucional de la ley que debe aplicar, suspende el juicio y eleva el asunto a la Corte Constitucional mediante una ordenanza de remisión. En la ordenanza indicará la norma que se sospecha que es inconstitucional, las disposiciones constitucionales que considera violadas (parámetro), expondrá las razones de su duda y la necesidad de aplicar la norma para resolver la

controversia (requisitos de que no sea manifiestamente infundada y de pertinencia, artículo 23 de la Ley 87/1953).

Por lo tanto, un juicio incidental tiene su origen en una acción ordinaria dentro de un «caso» ordinario; no hay plazos para demandar una ley por el juez, pero no es posible la demanda directa de la ley por parte del ciudadano. Además, el juicio ante la Corte Constitucional continúa, aunque las partes del juicio del que procede el proceso constitucional no se constituyan en el juicio ante el la Corte Constitucional; es decir, se trata de un juicio «a las posibles partes».

La razón de ser del modelo incidental es vincular el momento político de la ley con el momento de su aplicación. En efecto, es en el momento de la aplicación judicial –ante un juez en el curso de un juicio– se evalúa la naturaleza política de la ley ante una situación concreta digna de protección.

3. *Inaplicabilidad* de la norma italiana que contraviene el reglamento de la UE: en una sentencia hito dictada en 1984 que se constituyó en «piedra angular» de la vinculatoriedad del derecho comunitario (Sentencia 170/1984), la Corte Constitucional declaró que el conflicto entre el Derecho europeo directamente aplicable y el Derecho italiano debía dar lugar a la no aplicación del derecho italiano por parte del juez que debía resolver la controversia. Por lo tanto, ya no era necesario plantear la cuestión de la constitucionalidad por violación –indirecta– del artículo 11 de la Constitución (disposición que establece que el Estado italiano consiente «a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones»).

Sin embargo, si el reglamento de la Unión Europea contraviene el núcleo de los principios fundamentales y los derechos inviolables que el Tribunal considera que no están sujetos a revisión constitucional (Sentencia 1146/1988), la norma europea debe someterse a un control de constitucionalidad para que el Tribunal pueda verificar si respeta los principios fundamentales de la Constitución (se trata de la llamada teoría de los contralímites).

Hay un control previo voluntario de normas de un Estatuto regional: el Gobierno podrá «plantear ante la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad de un Estatuto regional en el plazo de treinta días a partir de su publicación» (art. 123 Cost.). La Corte Constitucional aclaró que esta publicación no es una condición para la entrada en vigor del Estatuto, sino únicamente una publicación *notiziale*, «de conocimiento», es decir, para informar al Gobierno, que puede promover el control de la legitimidad constitucional, de que el Estatuto ha sido aprobado por el Consejo Regional (Sentencia 304/2002).

No hay control posterior obligatorio de leyes / decretos-leyes.

En sus sesenta años de funcionamiento, la Corte Constitucional ha desempeñado un papel de contrapeso del poder del número, es decir, de contrapeso del poder de la mayoría. La Corte ha funcionado bien como guardián de la Constitución, que debe ser rígida y en parte intangible en las normas que protegen los derechos fundamentales (Sentencia 1146/1988).

La elección realizada por la Asamblea Constituyente con respecto a la composición de la Corte fue muy equilibrada. Tan es así que los tres componentes se armonizan y se consolidan dentro de la colegiatura, a pesar de sus diferentes orígenes: el componente político, elegido por el Parlamento; el componente judicial, elegido por los magistrados supremos; y el componente institucional, personificado por los jueces nombrados por el presidente.

Para legitimar su papel como órgano de cierre del sistema, fue muy importante la transparencia en los procesos de decisión, con motivaciones que no solo dan a conocer los diferentes pasos en los que se articulan los razonamientos, sino que también son capaces de convencer y persuadir. Por otra parte, dado que las sentencias del Tribunal no pueden ser impugnadas (art. 137,3° Const.), el razonamiento no tiene una función endoprosesal (en el sentido de permitir a la persona que es parte en un procedimiento recurrir el acto que le es desfavorable impugnando las razones que subyacen a la elección realizada por el juez), pero ciertamente tiene una función extraprosesal y, por lo tanto, se convierte en una fuente de legitimidad para el Tribunal.

Una motivación clara y persuasiva era tanto más necesaria dada la estructura de los parámetros que los jueces constitucionales están llamados a aplicar, cuya vaguedad les lleva a veces a controlar las decisiones discrecionales del Parlamento. Pero la Corte ha comprendido bien en el curso de su larga actividad que solo se legitima a sí mismo mediante la colaboración con los demás organismos y respetando las esferas de competencia atribuidas a cada uno por la Constitución. También ha comprendido claramente que, en la era del constitucionalismo contemporáneo, la protección de los derechos en múltiples niveles se caracteriza por el diálogo entre los tribunales nacionales y supranacionales. Al aumentar los órganos de garantía y mediante la circularidad de sus pronunciamientos sobre los derechos, se genera un patrimonio de tradiciones constitucionales comunes.

Para no dejar desprotegidos a quienes acuden a la Corte Constitucional –y, más en general, para restablecer la legitimidad constitucional vulnerada–, la Corte no solo ha dictado sentencias de simple declaración de inconstitucionalidad, sino también un amplio abanico de sentencias (por ejemplo, las sentencias de inconstitucionalidad diferida, las sentencias no retroactivas o con efectos a futuro, las sentencias interpretativas, las sentencias exhortativas, etc.) , llegando incluso a reescribir los textos normativos, aunque limitándose a poner de manifiesto las normas ya implícitas en el sistema (ello ocurre en las llamadas sentencias aditivas, mediante las que el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la ley en la parte en la que esta omite algo y, por tanto, añade la parte que falta a la disposición normativa).

Por otra parte, el Tribunal ha mostrado una tendencia, sensiblemente atenuada en los últimos años, a «descentralizar» el control de constitucionalidad, exigiendo cada vez más a los jueces ordinarios que interpreten la ley de conformidad con la Constitución, antes de plantear la cuestión de legitimidad constitucional (Sentencia 356/1996).

El modelo de justicia constitucional ha funcionado bien; las únicas revisiones del texto constitucional original se refieren a la duración del mandato del juez, la competencia para juzgar los delitos de los ministros

cometidos en el ejercicio de sus funciones y el juicio en vía principal (o por acción).

De hecho, si el texto original del artículo 135, párrafo 3, de la Constitución preveía un mandato de doce años para los magistrados de la Corte Constitucional, la Ley constitucional 2/1967 redujo el mandato a nueve años. Sin embargo, el mandato sigue siendo mucho más largo que el de la legislatura (que es de 5 años), a fin de desvincular el nombramiento de la mayoría política del momento.

Además, la Constitución estableció originalmente que la Corte Constitucional debía juzgar los delitos de los ministros que hubieran sido acusados por el Parlamento en sesión conjunta por mayoría absoluta de sus miembros. Esta disposición fue modificada por la Ley constitucional 1/1989, que ahora establece que los delitos ministeriales deberán ser juzgados por la justicia ordinaria, previa autorización de la Cámara de membresía –si el ministro es un parlamentario– o del Senado si el ministro no es parlamentario. La Corte solo tiene competencia para juzgar al presidente de la República por alta traición o violación de la Constitución (art. 90 Const.).

Finalmente, y como ya se ha dicho, la Ley constitucional 3/2001 que revisa el Título V, ha modificado el art. 127 de la Constitución.

En el texto constitucional original, el Estado tenía un poder de control preventivo sobre la ley regional y podía impugnarla la ley ante la Corte Constitucional por defectos de legitimidad antes de su entrada en vigor.

La reforma del Título V cambió radicalmente el modelo de las relaciones entre el Estado y las Regiones e igualó la posición del Estado y la región. Tanto el recurso del Estado contra la ley regional como el recurso de la Región contra la ley del Estado son posteriores a la entrada en vigor de la ley.

El nuevo artículo 127 de la Constitución dispone: «Cuando el Gobierno estime que una Ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación.

Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región menoscaba su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley».

Sin embargo, incluso después de la reforma sigue reservándose al Estado una posición peculiar, que puede derivarse en particular del principio fundamental que establece que la República es una e indivisible. Por consiguiente, el Estado puede apelar en el juicio en vía principal contra una ley regional, deduciendo la violación de cualquier parámetro constitucional, mientras que la región solo puede quejarse de la violación de su propia esfera de competencia. (Corte cons., sentencia 274/2003).

Además, la reforma del Título V ha generado un increíble aumento de los litigios constitucionales, principalmente porque la división de competencias prevista en el artículo 117 era difícil de interpretar (hasta el punto de que en 2005 el número de sentencias dictadas en los juicios en vía principal superó a las dictadas en los juicios por vía incidental). Solo en 2005 el Tribunal concluyó la labor de ajuste de las normas de distribución de las competencias legislativas, mediante la consolidación progresiva de la jurisprudencia sobre los aspectos más controvertidos del nuevo modelo constitucional.

Por último, a principios de 2020, mediante una reforma de las normas sobre el proceso constitucional, la Corte introdujo la figura del *amicus curiae*, que permite a los manifestantes de intereses difusos o colectivos, como las ONG, presentar breves opiniones por escrito al Tribunal a fin de proporcionarle elementos de conocimiento.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

En la Constitución italiana, los principios que plasman los aspectos más relevantes sobre los derechos humanos son la dignidad humana y el principio de igualdad.

El artículo 2 establece: «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social».

Este artículo, expresión del principio *pro persona*, concibe al hombre no de manera abstracta sino en su existencia histórica y concreta, y en las relaciones en las que desarrolla su individualidad. Sin embargo, hay una estrecha correlación entre los derechos y los deberes. La concepción del hombre como dotado de relaciones sociales estables justifica los deberes dirigidos al desarrollo de la sociedad.

El artículo 3 consagra el *principio de igualdad* en estos términos: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

Esta norma distingue, por tanto, la *igualdad formal* (todos los ciudadanos son iguales ante la ley) y la *igualdad sustancial*, que toma como punto de partida la existencia de situaciones de partida desiguales y de obstáculos que limitan la igualdad y establece la obligación del Estado de eliminarlos.

El párrafo 1 del artículo 3 proclama el llamado «núcleo fuerte» del principio de igualdad: la Constitución identifica algunos hipotéticos factores «históricos» de discriminación, determinando los casos típicos, que son el sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones políticas y las condiciones personales y sociales. Cuando la legislación se hace alguna distinción, se considera que existe una presunción de ilegalidad de la ley que viola el llamado «núcleo fuerte»: por ello, se exige una carga argumentativa siempre que la ley regule algún trato diferenciado. Teniendo

en cuenta que la igualdad no solo significa que todos deben ser tratados por igual, sino que la ley debe tratar por igual situaciones iguales y de modo razonablemente diferentes a aquellas que así lo sean. Del principio de igualdad se deriva también el principio de razonabilidad, que exige que las decisiones legislativas sean idóneas, necesarias y proporcionadas.

La protección de la *igualdad sustancial* se desarrolla en muchas partes de la Constitución que regulan los derechos de las personas “débiles”. En estos casos, la Constitución prevé un trato ventajoso a favor de estas personas para proteger la igualdad sustancial. Un supuesto particular de aplicación del principio de igualdad sustancial son las *acciones positivas*, a través de las cuales la ley interviene a fin de asegurar la igualdad de oportunidades para los colectivos históricamente desfavorecidos.

La Constitución italiana sigue el modelo del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y está dividida en dos partes. La primera sobre los «Derechos y deberes de los ciudadanos» y la segunda sobre el «Ordenamiento de la República».

La Parte I, se divide entonces en 4 títulos: Título I– *De las relaciones civiles* (arts. 13 a 28); Título II– *De las relaciones ético/sociales* (arts. 29 a 34); Título III– *De las relaciones económicas* (arts. 35 a 47); Título IV– *De las relaciones políticas* (art. 48 a54).

Por lo tanto, la Constitución reconoce:

- a) Los derechos *civiles* (regulados en el Título II), en los que cabe distinguir los derechos *individuales* (libertad personal, libertad de residencia, secreto de la correspondencia y libertad de circulación) y los derechos *pertenecientes a la esfera pública de la vida* (derecho a reunirse, a asociarse y libertad de manifestar el pensamiento).
- b) los derechos *sociales* (regulados en los Títulos II y III), que son los que se derivan de las necesidades de la persona y cuya satisfacción es necesaria para el pleno desarrollo de la persona humana, hasta el punto de requerir la intervención de la República

para eliminar los obstáculos a su disfrute (salud, trabajo, educación, cuidado y bienestar).

- c) Los derechos *políticos* (regulados por el Título IV), a través de cuyo ejercicio los ciudadanos contribuyen a la formación de la voluntad del Estado (derecho de sufragio, derecho de asociación en los partidos políticos, derecho de acceso a los cargos electivos).

En la Constitución italiana hay muchas disposiciones para proteger a las personas desfavorecidas en aplicación del principio de igualdad sustancial, que compromete al Estado a suprimir los obstáculos de orden económico y social que generan desigualdades entre las personas.

La igualdad sustancial es la regla general y, por lo tanto, no identifica cuáles son esas situaciones de desigualdad de hecho. El legislador tiene la libertad de identificarlas de acuerdo con la evolución de la historia y las situaciones económicas. Sin embargo, en ciertos casos, la existencia de situaciones de desigualdad de hecho es señalada por la Constitución, que, tras comprobar la presencia de una situación de desigualdad de hecho (los llamados «sujetos débiles»), establece que deben ser expresamente protegidos a través de normas orientadas a eliminar dichas desigualdades.

Pensemos en el art. 6, enlistado dentro de los principios fundamentales, que protege, a través «de normas adecuadas, a las minorías lingüísticas»; o en el art. 30, según el cual la ley tiene que garantizar «a los hijos nacidos fuera del matrimonio plena protección jurídica y social», siempre, pero «de forma compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima». Además, la República debe dedicar «atención especial a las familias numerosas» (art. 31 Const.).

La Constitución dedica, pues, atención a los que no tienen medios financieros para asegurar su inviolable derecho de defensa («se garantizará a quienes carezcan de recursos económicos los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción.»: art. 24,3° Const.); el derecho a la salud («La República protege la salud como derecho fundamental de la persona y como interés de la colectividad, y garantiza la *asistencia gratuita a los indigentes*». art. 32,1° Const.); el derecho a alcanzar los niveles

más altos de educación («Las personas con capacidad y méritos especiales, *aun careciendo de medios*, tendrán derecho a alcanzar los grados más altos de la formación. La República hará efectivo este derecho a través de becas, ayudas a las familias y otras medidas, que deberán adjudicarse por concurso»: art. 34,3° Const.).

Los principios constitucionales en juego tienen como objetivo igualar las situaciones de debilidad intrínseca. El artículo 36 establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, y en todo caso suficiente para garantizar una existencia libre y digna para él y su familia. El artículo 37 trata sobre el trabajo de la mujer y el trabajo infantil, introduciendo el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, protegiendo también el trabajo de los menores con normas especiales y garantizando la igualdad de remuneración también en este caso.

Por último, el artículo 38 establece la distinción entre la *asistencia social* y la *seguridad social*.

La asistencia social está prevista en el párrafo 1 del artículo 38: «Todo ciudadano con incapacidad laboral y que carezca de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social». El segundo párrafo asegura, en cambio, la seguridad social, es decir, el derecho de los trabajadores a que «se prevean y garanticen los medios adecuados para sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez, ancianidad y desempleo involuntario». Además, se reconoce el «derecho a la educación y a la formación profesional» a los discapacitados y los minusválidos (párrafo 3).

Si bien se presta asistencia social a los ciudadanos que no pueden trabajar y que carecen de medios de vida, se prevé la seguridad social a los trabajadores cuando se cumplen determinadas condiciones (enfermedad, ancianidad, etc.).

En la Constitución italiana no existe una cláusula constitucional que regule el mecanismo de incorporación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, en sus artículos 10, párrafo 1 y 11 la Constitución se abre a la comunidad internacional, admitiendo una posible cesión de la soberanía del Estado a las organizaciones supranacionales y, en general, a la comunidad internacional. De hecho, el artículo 10 establece: «El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas». Mediante la adaptación automática, los usos del Derecho internacional se introducen en el sistema jurídico italiano de manera *continua y permanente*, y adquieren la fuerza de la fuente que los introduce, es decir, la fuerza constitucional.

Además, el artículo 11 prevé una línea de progresiva apertura de Italia, que «concuera, en condiciones de igualdad con los demás Estados, en las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones; promueve y apoya a las organizaciones internacionales dedicadas a este fin». Sin embargo, cuando permite limitaciones de la soberanía no especifica ni el alcance de esas limitaciones de la soberanía ni las organizaciones internacionales con respecto a las cuales pueden tener lugar esas transferencias y, por lo tanto, permite una apertura, «cuantitativa» y organizativa, que requiere un proceso continuo y que requiere renovados desarrollos.

Finalmente, el artículo 117, párrafo 1, dispone: «El poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales». Aunque la autorización para ratificar los tratados internacionales figura en una ley ordinaria (art. 80 Const.), el artículo 117 establece que los tratados internacionales tienen mayor fuerza en el sistema de fuentes que la ley que autoriza su ratificación.

En relación con los mecanismos de protección constitucional de derechos fundamentales, cabe señalar que no está previsto un mecanismo excepcional de protección constitucional. No obstante, sí encontramos el principio de *habeas corpus* en el artículo 13, en él la libertad personal se concibe principalmente como una libertad del individuo que en principio es inviolable. Por ello, las restricciones a la libertad personal solo pueden producirse en los casos y formas previstos por la ley (*reserva absoluta de*

la ley) y por un acto de la autoridad judicial (*reserva de jurisdicción*). Sin embargo, existe la tendencia a incluir en la protección otorgada por el artículo 13 también la libertad moral y, en consecuencia, cualquier coacción que implique una degradación de la persona humana. Además, la libertad personal no es solo una libertad negativa: también protege la libertad de actuar, de hacer, de autodeterminación, de usar el nombre, la imagen, entre otros aspectos.

El derecho de acción se rige por el artículo 24, que establece: «Todos pueden acudir a los Tribunales para la defensa de sus derechos e intereses legítimos». Este derecho se complementa con el principio del juez natural establecido por la ley (art. 25, 1° Const.), según el cual la ley debe prede-terminar la jurisdicción.

Por último, el artículo 111 consagra el principio del «debido proceso» (principio incluido en la Constitución tras la revisión de 1999), y dispone, en particular, lo siguiente: «Todo juicio se desarrollará en un proceso contradictorio entre las partes, en condiciones de igualdad ante un juez ajeno e imparcial, y con una duración razonable garantizada por la ley», y: «Todas las decisiones judiciales deben ser motivadas.» (art. 111,4° y 6° Const.).

Aunque se remonta a más de sesenta años, el modelo constitucional italiano en materia de derechos todavía es capaz de adaptarse a la evolución de los tiempos. De hecho, los constituyentes italianos querían una constitución «présbita», capaz de acoger una visión de largo alcance respecto a los objetivos a alcanzar y, por lo tanto, en el ámbito de los derechos fundamentales contemplaba normas programáticas, es decir, mandatos al legislador para que desarrollara los fines marcados por el texto constitucional. Por ejemplo, el primer párrafo del artículo 4, que «reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho», es una regla programática porque establece un objetivo para cuya consecución es necesaria la intervención del legislador.

El artículo 4 también establece «Todo ciudadano tiene el deber de desempeñar, según sus posibilidades y su propia elección, una actividad o función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad»,

subrayando que el trabajo es un instrumento orientado a la afirmación del desarrollo de la personalidad y el progreso material de la sociedad.

El artículo 2 también desempeñó un papel importante en la renovación del texto constitucional. Parte de la doctrina cree que esta norma puede interpretarse como un pasaje para introducir nuevos derechos, aunque no estén previstos en la Constitución (la teoría del art. 2 como «norma abierta»¹⁴). Otro sector doctrinal, por el contrario, cree que se pueden derivar nuevos derechos de las normas constitucionales interpretadas a la luz del art. 2 (teoría del art. 2 como «matriz»)¹⁵. De hecho, la Corte Constitucional ha ampliado la protección constitucional a muchos nuevos derechos (identidad sexual, medio ambiente, *privacy*, vivienda etc.¹⁶) tanto a través de una interpretación extensiva del artículo 2 como mediante la referencia a documentos internacionales como el CEDH (Convenio Europeo de Derechos Humanos) o la CDFEU (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Además, a través del artículo 2, ha extendido también a los extranjeros los derechos fundamentales que el texto de la Constitución atribuía solo a los nacionales. Asimismo, una reforma constitucional dispuso que la prohibición de extradición del extranjero por delitos políticos no se aplica a los delitos de genocidio (Ley const. 1/1967).

.....
 14 Para la tesis del carácter abierto del art. 2, véase BARBERA, A. (1980): «Art. 2», en G. Branca (ed.), *Comentario a la Constitución*, Bolonia-Roma: Nicola Zanicheri editore-Ed. Foro Italiano, pp. 80 ss; en contra, para la tesis del carácter cerrado del art. 2, véase A. PACE, A. (2003): *Problematica delle libert  costituzionali. Parte general*, Padua: CEDAM, pp. 20 ss.

15 A este respecto, véase MODUGNO, F. (1995): *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Turin: Giappichelli, pp. 8 ss.

16 Véase, por ejemplo, la Sentencia 17/88, en la que el Tribunal Constitucional afirma la existencia del derecho social a la vivienda, señalando que el art. 47 de la Constitución es la norma que asegura la cobertura constitucional a «las medidas dirigidas a facilitar y, por tanto, a hacer efectivo el derecho de las personas más necesitadas a disponer de una vivienda». Posteriormente, en la sentencia n  404/88 calificó el derecho a la vivienda como un derecho inviolable adscrito al art. 2 de la Constitución.

El texto original de la Constitución establecía: «No se admite la pena de muerte, salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra» (art. 27, 4° Const.). La Ley const. 1/2007 redujo la redacción del precepto en estos términos: «No se admite la pena de muerte». Se eliminó, por tanto, el inciso que permitía la pena de muerte en caso de guerra. La Ley constitucional 1/1992 introdujo otra enmienda al texto original de la Constitución relativa a la amnistía y el indulto en la que se especificaba lo siguiente: «La amnistía y el indulto no podrán aplicarse nunca a los delitos cometidos después de la presentación del proyecto de ley» (art. 79, 3° Const.).

En 2001, la reforma constitucional del primer párrafo del artículo 117 dio un impulso considerable a una lectura evolutiva de la Constitución. De hecho, antes de la reforma, un tratado internacional, como el CEDH, desde el punto de vista del sistema interno, no tenía mayor fuerza que la ley, con la consecuencia de que una ley italiana posterior podría no haber cumplido con el tratado. En cambio, con la reforma del artículo 117 modificó su redacción en estos términos: «El poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales».

De ahí la consecuencia extraída por la Corte Constitucional en dos Sentencias (348 y 349/2007) dictadas respecto al CEDH –pero que también pueden utilizarse para otros tratados internacionales– de acuerdo con la cual la ley italiana que contraviene la ley de ratificación de un tratado internacional es inconstitucional por violar el art. 117 Const., según el esquema del control de constitucionalidad de las *normas interpuestas* (es decir, los casos en los que el control de constitucionalidad se realiza tomando como parámetro no directamente la norma constitucional, sino una norma de naturaleza diferente –incluso legislativa, como el CEDH– cuya violación determina indirectamente una violación de la norma constitucional, en este caso el artículo 117).

Por otra parte, como hemos dicho anteriormente, en aplicación del artículo 11 Const., el conflicto entre una norma interna y el Derecho europeo inmediatamente aplicable, como el CDFEU, conduce a la inaplicación

del Derecho nacional. Sin embargo, recientemente la Corte Constitucional consideró que la antinomia entre una norma interna y la CDFEU requiere una intervención del Tribunal con efectos *erga omnes* (cfr., por ejemplo, Sentencias 269/2017 y 63/2019).

Por lo tanto, en la evolución de nuestro modelo de protección de los derechos fundamentales, los jueces nacionales y europeos han desempeñado un papel preponderante mediante la aplicación directa de los valores constitucionales, que requieren una continua ponderación para determinar el llamado «contenido mínimo» de la norma legal que se limita, que en todo caso no puede ser sacrificada en su contenido esencial.

En resumen, el diálogo entre los tribunales ha permitido una protección de los derechos *multinivel*, garantizando su máxima expansión. Sin embargo, en algunos casos en los que la Constitución necesitaba ser enmendada, el legislador intervino especialmente cuando la Corte Constitucional no ofrecía una lectura evolutiva de los principios constitucionales. Además del caso del art. 111, anteriormente citado, la Ley constitucional 1/2003 modificó el art. 51, que establece: «Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y acceder a puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley». A esta disposición se añadió el siguiente párrafo: «Con este fin, la República promueve, mediante las medidas oportunas, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», precisamente para superar la reiterada negativa de la Corte a la introducción de medidas para promover la presencia de las mujeres en los puestos electivos (Sentencia 422/1995).

■ MÉXICO

Alfonso Herrera García*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

De acuerdo con la Constitución mexicana, es voluntad del pueblo constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal. Los Estados Unidos Mexicanos (como se denomina constitucional y oficialmente al país) están formados por treinta y un Estados «libres y soberanos» –y la Ciudad de México– unidos en una Federación. El territorio nacional está también conformado por sus islas, la plataforma continental; aguas, mares territoriales y marítimas interiores, así como el espacio sobre el territorio del país que le han sido reconocidos por el Derecho internacional. La Ciudad de México es la entidad federativa sede de los poderes de la Unión y la capital de la nación (arts. 40 a 44).

Los atributos democrático, representativo, laico y federal se manifiestan en la configuración de estos modelos en diversos preceptos constitucionales. Aunque no hay norma específica al respecto, al Estado mexicano también puede ser caracterizado como un Estado social a partir del Derecho constitucional positivo. Como es sabido,

.....
* Miembro por México del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador Nacional nivel 1 del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Jefe de la Unidad Académica de la Escuela Judicial Electoral. Twitter: @jAlfonsoHerrera

la Constitución de 1917 introdujo en su redacción original derechos y principios en virtud de los cuales México fue considerado un Estado pionero de ese modelo.

La «primera Constitución social del mundo» debe esa apreciación a la introducción de derechos que no habían sido reconocidos en otras cartas constituyentes. La plasmación constitucional de estos derechos fue el producto de reivindicaciones históricas impulsadas por el movimiento revolucionario de 1910. Más allá de las profundas causas sociales y políticas que explican esa innovación para el constitucionalismo del siglo XX, la ideología de los derechos sociales también ha sido percibida como una respuesta al signo esencialmente liberal que había vertebrado a la Constitución antecesora, la de 1857.

Así, la ley fundamental de 1917 consagró el derecho constitucional a la educación pública (art. 3), la propiedad privada condicionada por el interés social, el régimen ejidal (art. 27) o los derechos de los trabajadores (artículo 123). Todos ellos subsisten en la actualidad. Al mismo tiempo, se ha considerado que el conjunto de los derechos sociales reconocidos en el texto constitucional de 1917 configuró un implícito y embrionario esquema de economía social de mercado.

Por otro lado, todavía en lo relativo a la caracterización del Estado mexicano, la Constitución establece que, para ser considerados ciudadanos de la República mexicana, los hombres y mujeres deben contar con la nacionalidad mexicana, haber cumplido 18 años y «tener un modo honesto de vivir» (art. 34). La nacionalidad es una precondition de la ciudadanía mexicana. La nacionalidad se adquiere por nacimiento o por naturalización (art. 30).

El estatus de la ciudadanía otorga la titularidad de derechos políticos tales como el derecho a votar o a ser votado en las elecciones populares, el derecho de asociación política, el derecho de petición y el derecho a ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público. Incluso se prevé, a consecuencia del espíritu revolucionario que rodeó a su creación, el derecho a «tomar las armas en la fuerza armada permanente o en los cuerpos de reserva, para la defensa de la República» (art. 35).

Ahora bien, con motivo de la reforma constitucional de 14 de agosto de 2001, la Constitución mexicana introdujo su condición de «Estado pluricultural». Esa reforma tuvo como antecedente social el levantamiento armado en el Estado sureño de Chiapas protagonizado por el autollamado Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el 1 de enero de 1994. A ese inusitado acontecimiento siguió un complejo proceso político que llevó al planteamiento de la importante reforma orientada al reconocimiento constitucional de los pueblos y comunidades indígenas.

Desde el 2001, el artículo 2º constitucional dispone que la nación mexicana es «única e indivisible». Desde el punto de vista del Derecho constitucional positivo, no se admite la existencia de más de una nación. Sin embargo, el propio artículo 2º establece que la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originariamente en sus pueblos indígenas.

La Constitución define a estos pueblos como «aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas». Y añade que la conciencia de la identidad indígena deberá ser un criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Tal como se encuentra estructurado en las normas constitucionales, el Estado mexicano presenta alejamientos indudables con respecto a la realidad práctica y social. Así, cabe destacar, por ejemplo, que el modelo federal mexicano ha tenido grandes dificultades operativas a lo largo de su historia. En los últimos años, esta circunstancia se ha acentuado. A ella han contribuido un conjunto de reformas constitucionales que atendieron dinámicas centralizadoras del poder político.

La «libertad y soberanía» de la que hablan las normas constitucionales como atributos de las entidades federativas, en la práctica se ha traducido en posibilidades competenciales residuales que han dejado de asumir los poderes federales. Los estados «soberanos» no lo son en la realidad. Como mucho, se trata de entidades autónomas en facultades y atribuciones con el grado de intensidad que ha permitido el ensanchamiento de las competencias federales.

De esta manera, el artículo 124, que dispone que todo lo no atribuido a la Federación se entiende reservado a los estados, se ha traducido en un principio operativo inverso. La dinámica de las reformas *federalizantes* en realidad ha mostrado una vocación permanente y coyuntural: todo aquello que en cada reforma se atribuye para sí la Federación les es paulatinamente privado como competencia a los estados.

Ciertamente, a ello han contribuido históricamente las composiciones políticas de los congresos estatales, pues ellos mismos forman parte del poder reformador de la Constitución federal (art. 135). La experiencia ha mostrado que por tradición son afines a los poderes federales que, en mayor medida, proponen las iniciativas de reformas constitucionales. Un ejemplo palpable es la reforma constante del artículo 73, que ha incrementado las competencias para legislar del Congreso Federal en detrimento del ámbito legislativo de los estados: en 1917, el Congreso Federal tenía atribuidas 31 materias en las que podía ejercer facultades legislativas, mientras que, 104 años después, se le reconocen 55.

Otro problema del Estado federal mexicano que no puede dejar de mencionarse es el de las denominadas facultades concurrentes. En principio, estas facultades consisten en reconocer la competencia simultánea en ciertas funciones públicas a la Federación, los estados y a los municipios. Es el caso, por ejemplo, de la materia educativa, la salubridad, los asentamientos humanos, la seguridad pública, el medio ambiente o la protección civil. En no pocas ocasiones, la concurrencia ha provocado la difuminación de responsabilidades: al contar todos con participación en una misma competencia, la falta de cumplimiento de una función pública suele no atribuírsele a un órgano o un poder en específico.

Tampoco la jurisprudencia constitucional ha conseguido paliar las incertezas competenciales del sistema, fundamentalmente porque presenta una vocación casuística con marcadas limitaciones de alcance pleno para el ordenamiento jurídico y el sistema político. Por razones como esa, si bien la fuerza normativa de la jurisprudencia tiene un impacto general, finalmente suele tener un efecto relativo.

Como se ha señalado arriba, una generalizada valoración en torno a la centenaria Constitución mexicana es su posición como pionera de los derechos sociales. Sin embargo, un siglo después es patente la falta de éxito de la plasmación de estos derechos en la realidad social.

Son múltiples los factores que explican que los celebrados derechos sociales que consagrara el texto de 1917 no tuvieran un reflejo en la mejora de las condiciones de vida para amplios sectores de la población. Un factor preponderante de este escenario fue la consideración, por un largo tiempo, de que esos derechos eran normas de carácter programático, rasgo unido a la comprensión de la Constitución como documento político y no como norma directamente vinculante bajo una lectura genuinamente normativa de la misma.

Tras la reforma de 1994, que atribuyó a la Suprema Corte funciones de tribunal constitucional e incorporó cambios significativos al Poder Judicial Federal, y con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, México ha podido caminar hacia la paulatina realización efectiva de los derechos sociales. Por supuesto, no sin diversas dificultades técnicas, muchas de las cuales persisten en la cultura jurídica y jurisdiccional.

2. Modelo económico

La Constitución mexicana cuenta con un «apartado económico» fundamentalmente implícito en el contenido de sus artículos 25, 26 y 28. Estos artículos se insertaron formalmente en el capítulo de las entonces denominadas «garantías individuales», no sin críticas por ese motivo, a partir de la importante reforma constitucional publicada el 3 de febrero de 1983. El texto vigente de estos preceptos es esencialmente producto de esa reforma.

Para el actual modelo económico constitucional son importantes también las denominadas «reformas estructurales» establecidas durante el sexenio de Enrique Peña Nieto (2012-2018). Estas reformas afectaron a la regulación constitucional de sectores clave de la economía, principalmente a lo largo del 2013, entre ellos las telecomunicaciones, la competencia económica, la energía, el sistema financiero y hacendario, así como la materia laboral, educativa y los mecanismos de transparencia. Estos

cambios implicaron una modificación de los espacios de intervención del sector público y privado en la economía nacional, así como técnicas de intervención del Estado regulador. El sentido de esas reformas fortaleció la aproximación y vigilancia regulatoria del Estado.

En la actualidad, el artículo 25 establece la rectoría del desarrollo nacional a cargo del Estado. La Constitución ordena que sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía nacional y su régimen democrático. El precepto prevé que, mediante la competitividad, el fomento al crecimiento económico y el empleo, una justa distribución del ingreso y la riqueza, debe fomentar «el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución».

El propio artículo 25 establece que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y que regulará y fomentará las actividades que demande el interés general «en el marco de libertades que otorga la Constitución». Asimismo, prevé que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares.

Por su parte, el artículo 26 dispone que el Estado mexicano debe organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional y que debe imprimir solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía. Su propósito es la independencia y democratización política, social y cultural de la nación. La ley faculta al Poder Ejecutivo para establecer procedimientos de participación y consulta popular en ese sistema.

El artículo 28, producto de la reforma de 1983, estableció la prohibición de los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, y las exenciones de impuestos, y prescribe que la ley debe establecer un castigo severo a toda concentración o acaparamiento en pocas manos de artículos de consumo necesario que tengan el propósito de obtener el alza de precios.

Ello incluye todo acuerdo de productores, comerciantes o empresarios destinado a evitar la libre competencia o la competencia entre sí para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados, o que represente una ventaja indebida a favor de personas determinadas y el perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La Constitución también confiere a la ley el señalamiento de precios máximos a los artículos o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular. La ley debe proteger a los consumidores y propiciar el mejor cuidado de sus intereses.

En el ámbito de la judicialización de actos con incidencia económica, merece la pena señalar que la reforma del 11 de junio de 2013 elevó a rango constitucional el reconocimiento del juicio de amparo (indirecto) como medio para controvertir normas generales, actos u omisiones de dos órganos constitucionales autónomos: la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Dicha reforma estableció que estos actos, sin embargo, no pueden ser objeto de una medida cautelar de suspensión, y precisó que ciertos actos, como las multas, la desincorporación de activos, los derechos, las partes sociales o las acciones pueden ejecutarse hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva (art. 28).

El modelo económico constitucional mexicano no ha evitado la fragilidad normativa de la planeación para el desarrollo nacional desde su introducción en la Constitución en 1983 (producto de la aguda crisis económica de 1982). Con base en esta constatación, hay voces en la doctrina que opinan –no sin razón– que su inclusión en la Constitución no ha tenido un impacto determinante ni ha contribuido a mejorar el desarrollo económico del país.

Se ha sostenido incluso que, si la planeación no se hubiera introducido en el texto constitucional, no habría ocurrido nada significativo en otro sentido en la realidad social. Pero no solo ello, sino también que el proceso de planeación descrito en la Constitución y detallado en la legislación correspondiente «ha entorpecido el desarrollo mediante su burocratización»¹.

.....
1 HERNÁNDEZ LICONA, G. (2017): «Artículo 26», en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, José Ramón Cossío Díaz (coord.), México: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 543.

Por otro lado, cabe destacar que la deficiencia de la técnica legislativa de la Constitución, en principio meramente sistemática (inclusión de principios y reglas económicas en el capítulo de los derechos), tuvo consecuencias en términos de eficacia normativa. Una de ellas fue una influyente lectura jurídica en el sentido de que dichas disposiciones «en puridad, no instituyen ni proclaman ninguna garantía en favor del gobernado frente a las autoridades del Estado [...]»².

Con todo, a la larga, la incorporación de la rectoría y planeación económica del Estado sí ha redundado al menos en un par de valores añadidos en el actual régimen de libertades constitucionales. La primera es que trajo como consecuencia que no se admita constitucionalmente una libertad plena de los particulares para su personal y único desarrollo comercial. La segunda es que la rectoría del Estado concomitantemente comporta el recorte o limitación razonable de las libertades económicas, convivientes en un mercado no del todo libre, considerando las reglas básicas del juego que lo delimitan.

En la actualidad, bajo el Gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador, que entró en funciones el 1 de diciembre de 2018, el marco constitucional de la economía se mantiene en su esencia, aunque es patente que ese proyecto político ha mostrado signos de incomodidad con varias reglas del Estado regulador.

Un ejemplo palpable de ello es la existencia de órganos constitucionales autónomos que juegan un papel regulador o sancionador en ámbitos económicos. Precisamente por su no sujeción al Poder Ejecutivo, mantienen funciones de control en varias parcelas con repercusiones económicas para el Estado. Se trata de un modelo que en la actualidad está sujeto a revisión y que probablemente sufrirá ajustes en los próximos meses. Algunos de esos debates consisten en dilucidar si esas labores deben regresar a la responsabilidad de la Administración pública. Por lo pronto, el argumento relativo a la austeridad del Estado (principio rector del nuevo

.....

2 BURGOA, I. (2011): *Las garantías individuales*, 41° ed. México: Porrúa, p. 727.

Gobierno) parece muy endeble para acometer alguna reforma exitosa en ese sentido, sobre todo en términos de control democrático.

3. Modelo político y sistema de gobierno

El sistema de gobierno constitucional mexicano es el presidencial. Esa es la caracterización del modelo articulado en el título tercero de la Constitución federal vigente, pero en realidad es una configuración característica del constitucionalismo histórico mexicano desde las Constituciones del siglo XIX.

El ejercicio del supremo Poder Ejecutivo de la Unión se deposita en una sola persona, a través de un proceso de elección popular y directa: el presidente de los Estados Unidos Mexicanos. El presidente de la República debe cumplir un único mandato de seis años, sin posibilidad de reelección (arts. 80 a 83).

Entre otras atribuciones, el presidente designa y remueve libremente a los secretarios de Estado; puede disponer de la fuerza armada permanente: Ejército, Armada y Fuerza Aérea, para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación; así como de la Guardia Nacional. El presidente también interviene en la designación del fiscal general de la República, con la ratificación del Senado, y puede removerlo bajo ciertas condiciones constitucionales (arts. 89 y 102-A).

Además, tiene la competencia de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales. En ese sentido, puede terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los tratados, sometiéndolos a la aprobación del Senado de la República.

Por lo que respecta al Poder Legislativo federal, se estructura a partir de un sistema bicameral. Está compuesto por dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores. Ante todo, cabe destacar que por reforma del 6 de junio de 2019 la Constitución prevé que, en la postulación de candidaturas a los distintos cargos de elección popular, los partidos políticos deben observar el principio de paridad de género (artículo 41, fracción I).

La Cámara de Diputados se articula como una cámara de representantes de la nación. Se eligen cada tres años. Está integrada por 300 diputadas y diputados elegidos de acuerdo con el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales. A ellos se suman 200 diputadas y diputados que se eligen según el principio de representación proporcional mediante el sistema de listas regionales votadas en circunscripciones plurinominales (arts. 50 a 52).

El Senado de la República se integra por 128 senadoras y senadores, de los cuales, respecto de los 31 Estados y la Ciudad de México, dos son elegidos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno se asigna a la primera minoría (así se definen 96 senadurías). Las 32 senadurías restantes son elegidas según el principio de representación proporcional mediante el sistema de listas votadas en una sola circunscripción plurinomial nacional. Estas listas deben estar conformadas de acuerdo con el principio de paridad de género y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo. Esta cámara se renueva en su totalidad cada seis años (art. 56).

Actualmente, los senadores pueden ser electos hasta por dos periodos consecutivos y los diputados federales hasta por cuatro periodos consecutivos (art. 59). La posibilidad de reelección de los legisladores federales es relativamente reciente: fue introducida por la reforma política de 10 de febrero de 2014. Tendrá apenas una primera prueba práctica en el ámbito federal con la jornada en la que se votará la integración total de la Cámara de Diputados el 6 de junio del 2021.

Ahora bien, la Constitución incorpora algunos mecanismos de control interorgánico (en algunos supuestos, esos mecanismos también se han diseñado para los titulares de los órganos constitucionales autónomos ante al Poder Legislativo). Es el caso de los nombramientos de altos funcionarios de la Administración pública federal.

Así, es necesaria la ratificación por el Senado de los secretarios de Relaciones Exteriores y de Hacienda que propone el presidente de la República cuando no se opte por un «gobierno de coalición» (figura también muy reciente, pues se introdujo en 2014). Si esta Cámara no ratifica en dos

ocasiones la propuesta presidencial, debe ocupar el cargo la persona que designe el propio presidente (art. 89).

Asimismo, el Senado de la República debe aprobar los nombramientos de los embajadores, los cónsules generales, los empleados superiores de hacienda; los integrantes de los órganos colegiados encargados de la regulación en materia de telecomunicaciones, energía y competencia económica; así como los coroneles y demás oficiales superiores del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea nacionales.

El presidente también propone, a través de ternas, a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (conformada por 11 ministras y ministros). A partir de esas ternas, el Senado designa a la persona que ocupará el más alto cargo judicial. La Constitución prevé que incluso las licencias o renunciaciones de los ministros de la Corte sean sometidas por el presidente de la República a consideración de esa Cámara.

Hay mecanismos de interacción de distinto signo. En el caso de la declaración de guerra, esta le compete al presidente previa emisión de la ley correspondiente por el Congreso de la Unión. Asimismo, si el presidente se ausenta hasta por 7 días del territorio nacional, debe informar previamente de los motivos de su ausencia a la Cámara de Senadores o, en su caso, a la Comisión permanente. Debe informar a esta Cámara también de los resultados de las gestiones realizadas. En el caso de ausencias superiores a ese tiempo, se requiere el permiso de la propia Cámara de Senadores o de la mencionada Comisión (art. 88).

La reforma política del 2014 introdujo la posibilidad de configurar un gobierno de coalición formado por dos o varios partidos políticos representados en el Congreso de la Unión. El gobierno de coalición deberá regularse mediante un convenio y un programa que deben ser aprobados por la mayoría de los legisladores presentes en la Cámara de Senadores. Se trata de una figura inédita en la historia constitucional de la política mexicana.

Además, los secretarios del despacho que forman parte de la Administración pública federal, encabezada por el presidente de la República, deben dar cuenta al Congreso del estado que guardan sus respectivos

ramos una vez abierto el periodo de sesiones ordinarias. Cualquiera de las Cámaras puede convocar a los secretarios de Estado, los directores y los administradores de las entidades paraestatales, así como a los titulares de los órganos autónomos para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivos ramos o actividades o para que respondan a interpelaciones o preguntas.

En realidad, desde 1977 se prevé que las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, si se trata de los diputados, y de la mitad, si se trata de los senadores, tengan la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones deben ponerse en conocimiento del Ejecutivo federal.

Las Cámaras pueden requerir información o documentación a los titulares de las dependencias y entidades del Gobierno federal mediante pregunta por escrito que debe ser respondida en un término no superior a 15 días naturales a partir de su recepción (art. 93).

Finalmente, respecto al régimen de responsabilidades de carácter político, la Constitución prevé el juicio político como mecanismo de control de altos funcionarios del Estado cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. El juicio puede instaurarse contra senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, o el fiscal general de la República, entre otros servidores públicos (arts. 109 y 110).

El procedimiento recuerda al clásico *impeachment* estadounidense. La Cámara de Diputados sustancia el procedimiento con audiencia del inculpado. Posteriormente, puede formular la acusación respectiva ante el Senado, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en la sesión.

La Cámara de Senadores, erigida en jurado de sentencia, conoce de la acusación y practica las diligencias correspondientes con audiencia del acusado. Compete al Senado la aplicación de la sanción correspondiente

mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión. Las sanciones consisten en la destitución del servidor público y su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.

La Constitución dispone que las declaraciones y resoluciones de ambas Cámaras en el juicio político son inatacables (art. 110).

El sistema presidencial mexicano tuvo un protagonismo central a lo largo del pasado siglo en México. Sin embargo, el establecimiento de mecanismos de control ejercidos por las Cámaras legislativas y la irrupción de órganos autónomos a lo largo de la transición democrática han modificado el escenario constitucional.

En efecto, a lo largo de las últimas décadas la Constitución ha incorporado mediante reformas sucesivas los denominados órganos constitucionales autónomos, entes cuya razón de ser estriba en la idea de que las funciones del Estado no se reducen a la división tripartita del poder. Estos órganos tienen una base constitucional que les dota de autonomía e independencia orgánica respecto a los poderes públicos y realizan funciones técnicas y especializadas que responden a necesidades sociales emergentes. Los órganos constitucionales autónomos cumplen, a su vez, una función democratizadora.

Son órganos constitucionales autónomos el Instituto Nacional Electoral (organización de elecciones), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (defensa de los derechos mediante procedimientos no jurisdiccionales), el Banco de México (regulación de la moneda) y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. La creación de estos entes ha supuesto una reducción de las funciones anteriormente atribuidas al Ejecutivo; por tanto, entran dentro de la compleja ecuación del equilibrio del poder público.

Por lo que respecta a la interacción entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, en la práctica el sistema no ha permitido un exitoso control recíproco entre el presidente y las Cámaras, pese a las múltiples disposiciones que establecen procedimientos orientados a su coordinación o interacción.

Una multiplicidad de factores explican esa dificultad institucional. Desde el punto de vista constitucional, todo indica que los mecanismos que en el papel fomentan las relaciones interorgánicas no han producido los resultados democratizadores que en un principio se plantearon: la composición de las Cámaras ha terminado mostrando una disciplina especialmente deferente con el Poder Ejecutivo.

Pese a que la composición de las Cámaras no sea afín al presidente, la dinámica política ha mostrado, de todos modos, un deficiente papel de control parlamentario, probablemente por los costes que ello podría acarrear de cara al electorado. Las concertaciones políticas han conseguido imponerse para conseguir un alto número de reformas constitucionales planteadas por el Ejecutivo de turno. La Constitución de 1917 ha sido objeto de más de 700 reformas en sus más de 100 años de historia.

Ahora bien, pese a esta realidad, puede afirmarse que el ordenamiento constitucional refleja un tránsito del marco jurídico prototípico de un régimen presidencialista a uno presidencial con mecanismos atemperadores de signo democratizador. Las atribuciones de control parlamentario y la creación de los órganos constitucionales autónomos son buena prueba de ello.

Sin embargo, en este momento ese modelo está sujeto a examen. El presidente de la República en funciones ha manifestado la necesidad de revisar –o directamente suprimir– órganos mediante nuevas reformas³ en nombre de la austeridad del Estado o por la supuesta ineficacia de los mismos sin realizar los diagnósticos que para muchos analistas son necesarios. Por supuesto, ese debate no podría basarse únicamente en esos argumentos, a todas luces endeble desde el punto de vista democrático.

.....

3 Así ha trascendido en los medios de comunicación respecto del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) o la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). Al respecto, véase, por ejemplo: Bonifaz Alfonso, Leticia, “Vistazo a los órganos autónomos”, *El Universal*, 16 de enero de 2021, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/leticia-bonifaz-alfonzo/vistazo-los-organos-autonomos>

4. Democracia y participación

En el Derecho constitucional positivo, la democracia representativa ha sido el principio del sistema político en México a lo largo de varias décadas. Un siglo después, la Constitución mantiene su autodefinición como república representativa y proclama que es voluntad del pueblo mexicano constituirse como tal (art. 40). Por cuanto hace a los estados de la República y la Ciudad de México, la Constitución también se dispone que deben adoptar la forma de gobierno republicano, representativo y democrático, además de laico y popular (arts. 115 y 122).

Ahora bien, en los últimos años se han introducido en la Constitución mecanismos característicos de la democracia directa o semidirecta sin suprimir o sustituir el fundamento representativo de la democracia. Se trata de los «derechos ciudadanos» de presentar iniciativas de ley o votar en consultas populares. Ambos fueron incorporados por la reforma constitucional de 9 de agosto de 2012.

Corresponde al Congreso de la Unión la convocatoria de las consultas populares. Antes de la emisión de la convocatoria, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe realizar un análisis de constitucionalidad de la materia de la consulta. Las consultas pueden solicitarse por el presidente de la República, por el 33 % de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión o por los ciudadanos. Con excepción de la consulta planteada por ciudadanos, la solicitud debe aprobarse por la mayoría de cada una de las dos Cámaras del Congreso.

Los temas que se planteen en las consultas ciudadanas pueden ser de ámbito nacional o regional. En las consultas de trascendencia nacional deben acreditarse al menos el 2 % de ciudadanos y ciudadanas inscritas en la lista nominal de electores. En el caso de las consultas de trascendencia regional (esto es, las que están focalizadas en determinado territorio de la Federación) debe acreditarse el apoyo de ciudadanos y ciudadanas que pertenezcan a una o más entidades federativas. En este caso, debe acreditarse un número equivalente al 2 % de los inscritos en la lista nominal de electores de las entidades que correspondan.

En relación con los efectos de las consultas, cuando la participación total corresponda al menos al 40 % de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, el resultado de la consulta es vinculante para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y para las autoridades competentes. La verificación de los requisitos exigidos para la celebración de las consultas ciudadanas, así como la organización, el desarrollo de los procedimientos, el cómputo y la declaración de resultados compete en todas las consultas al Instituto Nacional Electoral (art. 35).

Por otro lado, la más reciente reforma constitucional, del 20 de diciembre de 2019, incorporó la posibilidad de la participación popular en procesos de revocación del mandato del presidente de la República y de los gobernadores de los estados. El voto en las consultas populares y la participación en los procedimientos de revocación de mandato se ha configurado no solo como un «derecho», sino también como una «obligación» de los ciudadanos (arts. 35 y 36).

La revocación del mandato del presidente de la República debe convocarse por el Instituto Nacional Electoral. Están facultados para solicitar la revocación los ciudadanos y ciudadanas que alcancen al menos el 3 % de los inscritos en la lista nominal de electores. Además, los solicitantes deben corresponder al menos a 17 entidades federativas (de las 32 existentes), y representar, como mínimo, el 3% de la lista nominal de electores de cada una de las entidades federativas.

La revocación puede solicitarse en una sola ocasión y durante los 3 meses posteriores a la conclusión del tercer año del periodo presidencial (que, en principio, dura seis años). La Constitución también prevé que la votación libre, directa y secreta se llevará a cabo el domingo siguiente a los 90 días posteriores a la convocatoria y en fecha que no coincida con las jornadas electorales federales o locales.

Finalmente, para que el proceso de revocación sea válido debe acreditarse la participación de al menos el 40 % de personas inscritas en la lista nominal de electores. La revocación del mandato presidencial solo procede si se alcanza la mayoría absoluta en la votación (art. 35).

En análogo sentido, la Constitución federal prevé la posibilidad de revocar el mandato de gobernadores de los Estados. La organización del procedimiento corre a cargo de los 32 órganos públicos electorales que operan en el mismo número de entidades federativas que integran el territorio nacional (arts. 35 y 116).

El sistema representativo solo fue motivo de preocupación constitucional especialmente a partir del momento en que México inició la etapa histórica conocida como «transición política». Este periodo ha sido un proceso largo y complejo que comenzó en la segunda mitad de la década de los 70.

La reforma constitucional que puso énfasis en el sistema representativo fue la que introdujo del régimen mixto electoral y el principio de representación proporcional en el órgano legislativo federal en 1977. En ese año también se constitucionalizaron los partidos políticos.

En todo caso, esa etapa está ligada al proceso que desembocó en la pérdida de hegemonía que durante siete décadas mantuvo el Partido Revolucionario Institucional (PRI) en la presidencia de la República. La derrota del PRI en las elecciones presidenciales en el año 2000 significó por primera vez en la historia de la asunción de la presidencia de un candidato del Partido Acción Nacional (PAN). Sin embargo, una rápida evaluación retrospectiva permite concluir que esa sucesión no llevó aparejadas las grandes transformaciones que se esperaban ni para los signos identitarios del Estado mexicano ni para el sistema político en general, que, en realidad, se caracterizó por la continuidad en las dinámicas presidenciales.

En el Poder Legislativo, el PRI perdió por primera vez la mayoría en las Cámaras tres años antes, en las elecciones federales de 1997. A partir de entonces, aparecieron realmente visos de un genuino pluralismo político en los distintos órdenes de gobierno: federal, estatales y municipales.

El final de la presidencia de Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), y en víspera del regreso del PRI al poder presidencial en 2012, implicó la revisión del sistema representativo. El contexto de exigencia social fue tan solo uno de los factores que motivaron que las fuerzas políticas consiguieran introducir herramientas propias de una democracia semidirecta, participativa y, hasta cierto punto, deliberativa mediante la incorporación

de figuras tales como las iniciativas populares de ley y las consultas populares en la reforma constitucional de 9 de agosto de 2012.

En nuestros días, la puesta en práctica de estos mecanismos es aún incipiente. En 2014 se plantearon propuestas de consultas populares por los principales partidos políticos del momento (PRI, PAN y PRD) cuya materia fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte. Las temáticas planteadas fueron, respectivamente, las siguientes: la eventual reducción del número de integrantes del Congreso de la Unión; la posibilidad de elevar el salario mínimo; y la reversión de la reforma constitucional en materia energética.

Por otro lado, la revocación del mandato presidencial ha sido impulsada recientemente por el presidente actualmente en funciones Andrés Manuel López Obrador y el grupo legislativo que respalda su proyecto político (que en el discurso gubernamental sustentan lo que se ha denominado «cuarta transformación»). Así, está previsto que, si se cumplen los dificultosos requisitos constitucionales y legales, el primer ejercicio electoral de revocación del mandato presidencial en la historia de México se llevaría a cabo en marzo de 2022, esto es dos años y medio antes de que culmine el sexenio presidencial originalmente establecido (el 1 de octubre de 2024).

Todavía es muy pronto para evaluar la eficacia, la eficiencia y el impacto de estos novedosos mecanismos para el sistema constitucional, político y social mexicano. Cabe esperar que se incremente el interés y la participación de la ciudadanía en materias de interés nacional. Pero, por otro lado, no puede descartarse la concurrencia de un conjunto de factores que podrían interferir en el éxito de ese propósito. Por ejemplo, la especial dificultad para cumplir los numerosos requisitos establecidos para ejercer estos derechos ciudadanos.

También existen preocupaciones sobre la verdadera utilidad de las consultas, especialmente aquellas que están relacionadas con su inadecuado planteamiento, la dudosa finalidad buscada o la insuficiencia de información necesaria para tomar las decisiones populares. Esta conclusión es plausible a la luz del atropellado procedimiento de la reciente consulta popular declarada constitucional por la Suprema Corte el pasado 1 de octubre de 2020.

En ella, el presidente de la República formuló una propuesta de consulta popular claramente inclinada hacia una finalidad incriminadora de presidentes antecesores. La pregunta era la siguiente: «¿Está de acuerdo o no con que las autoridades competentes, con apego a las leyes y procedimientos aplicables, investiguen, y en su caso sancionen, la presunta comisión de delitos por parte de los expresidentes Carlos Salinas de Gortari, Ernesto Zedillo Ponce de León, Vicente Fox Quesada, Felipe Calderón Hinojosa y Enrique Peña Nieto antes, durante y después de sus respectivas gestiones?».

Para sorpresa de muchos analistas, que veían en la pregunta problemáticas evidentes de derechos fundamentales, la Suprema Corte consideró constitucional la materia de esa consulta, pero modificó la pregunta en el siguiente sentido: «¿Estás de acuerdo o no en que se lleven a cabo las acciones pertinentes con apego al marco constitucional y legal para emprender acciones de esclarecimiento de las decisiones políticas tomadas en los años pasados por los actores políticos, encaminada a garantizar la justicia y los derechos de las posibles víctimas?».

Un sector de la doctrina –en el que me inscribo– ha estimado que la pregunta modificada presenta serias dificultades en cuanto a su formulación, su validez y el posible resultado, considerando que la propia Corte razonó que, con independencia de la participación alcanzada, la votación por el «sí» no podría obligar a las fiscalías y los jueces a actuar en consecuencia, dada su independencia respecto de la Administración pública. Está previsto que la jornada electoral que solventará esta primera consulta popular en la historia de México se celebre el 1 de agosto de 2021.

5. Justicia constitucional

El juicio de amparo, competencia de los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito, integrantes del Poder Judicial de la Federación, es el proceso jurisdiccional a través del cual se controla la constitucionalidad de normas generales y actos de autoridad (arts. 103 y 107). Por ese motivo, el sistema de justicia constitucional mexicana se caracteriza por la difusión de la labor de control a cargo de tribunales federales.

El origen del juicio de amparo se remonta a mediados del siglo XIX en el constitucionalismo local mexicano (concretamente, en el estado de Yucatán) y se instituyó con base en las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá. El juicio de amparo se elevó al ámbito federal en la Constitución de 1857 y se mantuvo en sus principios básicos cuando se promulgó la Constitución de 1917.

Como ha señalado Héctor Fix-Zamudio, aunque en el sistema mexicano no existe otro mecanismo o instrumento de tutela de los derechos constitucionales ante los tribunales federales, el juicio de amparo cumple diversas funciones. Este juicio se manifiesta, como ha observado el autor citado, al menos en cinco vertientes: amparo penal, amparo contra leyes, amparo judicial, amparo administrativo y amparo agrario.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el máximo tribunal del Poder Judicial federal. Tras numerosas reformas, aprobadas esencialmente a partir de mediados de la década de los 80, en la actualidad la Corte cuenta al menos con tres perfiles institucionales que ejerce con distinto grado de importancia. Es un tribunal supremo que funciona como último intérprete de la Constitución, que ejerce el control abstracto de normas y que unifica criterios en materia electoral.

En un menor grado, en su condición precisamente de máximo tribunal federal, se erige como Corte electiva y de revisión de determinados actos del Consejo de la Judicatura. Finalmente, mantiene un perfil que puede calificarse de residual, al ejercer como tribunal supremo para la interpretación definitiva de las leyes en casos extraordinarios.

El estatus de tribunal de instancia terminal en el sistema jurídico nacional que ostenta la Suprema Corte tiene una única excepción: la competencia definitiva del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la resolución de casos concretos en materia electoral. Este tribunal encabeza esa jurisdicción especializada desde 1996 y, tal como se conoce en sus condiciones actuales, está separada de la jurisdicción de amparo.

El actual esquema nuclear de competencias de la Suprema Corte trae causa de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de*

la Federación el 31 de diciembre de 1994, la más trascendente en su historia. Baste recordar las transformaciones que dicha reforma implicó para el régimen organizacional y competencial de la Corte: redujo el número de ministros (de 26 a 11); amplió los sujetos legitimados en controversias constitucionales (conflictos de competencia), e introdujo la acción abstracta de inconstitucionalidad contra las leyes, inspirada en el modelo europeo de justicia constitucional.

Por otro lado, mediante esta reforma se creó el Consejo de la Judicatura Federal, concebido como alto órgano para la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial que asumió las funciones anteriormente desarrolladas por la Suprema Corte.

Interesa destacar que, con el fortalecimiento de sus competencias en controversias y acciones de inconstitucionalidad, la Corte –al estilo de los más representativos tribunales constitucionales europeos– potenció su jurisdicción constitucional centralizada, de única y exclusiva instancia.

En cuanto al juicio de amparo, cabe destacar el rol del recurso de revisión como competencia excepcional de la Suprema Corte. Especialmente a partir del 2011, la Corte ha desarrollado un papel fundamental en la protección e interpretación de los derechos humanos a través de su jurisdicción en revisiones de amparo. En esa labor, las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011 han dado un notable impulso a criterios y metodologías novedosas y depuradas en la materia.

La Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, producto de esas reformas, resulta seguramente perfectible en muchos aspectos, en especial en la interacción del amparo con un sistema supranacional de derechos humanos en la que son necesarios ajustes considerables en materia de control difuso o en algunas causas de improcedencia del juicio, (por ejemplos, contra actos del Consejo de la Judicatura o de los Congresos en materia de responsabilidades políticas), en contradicción con estándares interamericanos del derecho a un recurso efectivo.

En la actualidad, las competencias de la Corte en materia de amparo se desarrollan en cuatro ámbitos: el recurso de revisión contra sentencias

de amparo, la facultad de atracción, las contradicciones de tesis (entre las dos Salas de la Corte o entre Tribunales Colegiados de Circuito en casos de excepción), y las atribuciones extraordinarias en fase de ejecución de sentencias de amparo. Por las razones que se exponen a continuación, el recurso de revisión merece una explicación aparte cuando de derechos humanos se trata.

El juicio de amparo en revisión (en la vía directa o indirecta), además de resarcir la vulneración de derechos subjetivos, se ha erigido en un instrumento catalizador para la labor pedagógica de la SCJN en materia de derechos humanos. Las competencias de amparo que tiene encomendadas como consecuencia del preceptivo recurso de revisión contra sentencias emitidas en este proceso pueden identificarse del siguiente modo:

- a) Recursos de revisión contra sentencias que emiten los Tribunales Colegiados de Circuito en amparo directo. En principio, estas sentencias no admiten recurso, pero si en ellas se decide acerca de la inconstitucionalidad de una ley o se lleva a cabo la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución entrañe un «criterio de importancia y trascendencia», conforme a acuerdos generales, procede la revisión de esas sentencias ante la Corte. El objeto del recurso debe ceñirse «exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales» (art. 107, fracción IX). No obstante, la apertura del ordenamiento al Derecho internacional de los derechos humanos ha llevado a interpretar que aquella condición se cumple si la cuestión encierra un control de convencionalidad inédito.
- b) Recursos de revisión contra sentencias de amparo que pronuncian jueces de distrito o Tribunales Unitarios de Circuito. Este recurso procede cuando se impugnan leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos del presidente de la República, y reglamentos de los poderes ejecutivos de los estados cuando en esos recursos subsista un «problema de constitucionalidad» (art. 107, fracción VIII).

¿Cómo se ha convertido el recurso de revisión en un mecanismo crucial para la protección judicial de los derechos ante el máximo tribunal? Al respecto, cabe destacar las sentencias de la Corte en las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011-PL. En la contradicción de tesis 293/2011, la Corte determinó por primera vez en la historia del Poder Judicial que los tratados de derechos humanos y los derechos establecidos en la Constitución carecen de jerarquía normativa entre sí. También estimó que las sentencias interamericanas en casos en los que México no ha sido parte son vinculantes cuando suponen un mayor beneficio para las personas.

En la contradicción de tesis 21/2011, la Corte analizó la naturaleza de la revisión a la luz de la reforma de derechos humanos, y determinó que un problema de compatibilidad entre un tratado internacional y una ley constituye una «cuestión de constitucionalidad» si está en juego la determinación del alcance de un derecho humano. Cualquier discrepancia normativa que se ventile en este sentido en un juicio de amparo debe entenderse como una «cuestión constitucional».

A ello debe añadirse que la cuestión planteada debe revestir una especial importancia y trascendencia (por ejemplo, el supuesto en el que no existe jurisprudencia de la Corte aplicable al tema de que se trata). A través de esta vía se formalizó la interpretación de acuerdo con la cual no es indiferente lo resuelto por los Tribunales Colegiados respecto a la interpretación de derechos humanos de fuente internacional en un juicio de amparo directo.

Ahora bien, en lo que respecta a las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, desde la reforma de 1994 estas se convirtieron en instrumentos de defensa jurisdiccional de la Constitución como competencia exclusiva y excluyente de la propia Corte. Ningún otro tribunal federal conoce de estas competencias.

Las controversias constitucionales son conflictos de atribuciones competenciales entre poderes u órganos públicos que integran el sistema político mexicano mediante las cuales pueden impugnarse tanto actos jurídicos como normas de carácter general, siempre que no se refieran a la materia electoral (arts. 104, fracción IV, y 105, fracción I). Desde un punto

de vista doctrinal, y sobre la base de su fundamento en la Constitución, las controversias constitucionales pueden clasificarse en dos grupos.

En el primero se ubican las controversias suscitadas entre poderes u órganos de un mismo orden jurídico, ya sea en el ámbito exclusivo de la Federación, ya en el ámbito exclusivo de una entidad federativa. Dentro de este tipo de controversias, actualmente pueden identificarse dos órdenes de supuestos:

- A) Controversias entre poderes u órganos dentro del orden jurídico de la Federación: 1) Poder Ejecutivo contra Congreso de la Unión; 2) Poder Ejecutivo contra Cámara de Diputados; 3) Poder Ejecutivo contra Cámara de Senadores; 4) Poder Ejecutivo contra la Comisión Permanente; 5) Un órgano constitucional autónomo contra otro; 6) Un órgano constitucional autónomo contra el Poder Ejecutivo; 7) Un órgano constitucional autónomo contra el Congreso de la Unión (art. 105, fracción I, incisos c) y l);
- B) Controversias entre poderes en el orden jurídico de una misma entidad federativa: 1) Poder Ejecutivo contra Congreso de un estado; 2) Poder Ejecutivo contra la diputación o comisión permanente del Congreso del estado; 3) Poder Ejecutivo contra el Tribunal Superior de Justicia del estado; 4) Congreso del estado contra el Tribunal Superior de Justicia del mismo estado; o 5) Diputación o comisión permanente del Congreso contra Tribunal Superior de Justicia del estado (art. 105, fracción I, inciso h);

En el segundo grupo se ubican las controversias suscitadas entre entes públicos que se rigen por diversos órdenes jurídicos, considerando la lógica estructural del poder político en el sistema federal –incluyendo, a efectos clasificatorios, los municipios–. En estas controversias, cabe identificar estos dos conjuntos de supuestos:

- C) Controversias constitucionales entre entes que cuentan con un mismo nivel de descentralización política (controversias

horizontales): 1) Una entidad federativa contra otra entidad federativa; 2) Un municipio de una entidad federativa contra un municipio de otra entidad federativa (art. 105, fracción I, incisos d y g);

- D) Controversias constitucionales entre entes que se ubican en diferente nivel de descentralización política (*controversias verticales*): 1) La Federación contra una entidad federativa; 2) La Federación contra un municipio; 3) Una entidad federativa contra un municipio de la propia entidad federativa; y 4) Una entidad federativa contra un municipio de otra entidad federativa, o contra una demarcación territorial de la Ciudad de México (art. 105, fracción I, incisos a, b, i, y j).

Las sentencias dictadas en una controversia constitucional pueden tener efectos generales o *inter partes*. Tienen efectos generales si se cumplen los siguientes requisitos: 1) que se decrete la inconstitucionalidad de una norma de carácter general; 2) que la sentencia sea aprobada con el voto de al menos 8 ministros de la Corte (de un total de 11); 3) que se trate de controversias entabladas entre poderes u órganos de un mismo orden jurídico-normativo, o bien de controversias constitucionales de tipo vertical cuando el ámbito normativo del ente promovente es más amplio que el ente demandado.

Por exclusión, todos los demás supuestos generan efectos *inter partes*: controversias en las que participan dos entes de un mismo nivel de descentralización política, o controversias de tipo vertical en las que el promovente es un ente con un ámbito normativo más restringido que el del órgano demandado (por ejemplo, cuando una entidad federativa impugna normas de la Federación) [art. 105, fracción I, in fine].

Las acciones de inconstitucionalidad son procedimientos a través de los cuales la Suprema Corte realiza un control abstracto de normas de carácter general cuando se consideran contradictorias con la Constitución federal (arts. 104, fracción IV, y 105, fracción II). De acuerdo con el criterio

de la relación entre los sujetos legitimados para promover estas acciones, pueden distinguirse tres grupos:

- A) Acciones de inconstitucionalidad promovidas por minorías legislativas: 1) El 33 % de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión contra de leyes federales; 2) El 33 % de los integrantes del Senado contra leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; 3) El 33 % de los integrantes de los Congresos de las entidades federativas contra leyes expedidas por el propio órgano (art. 105, fracción II, incisos a, b y d).
- B) Acciones de inconstitucionalidad promovidas por poderes y órganos constitucionales:
 - 1) El Ejecutivo federal, por conducto del consejero jurídico del Gobierno, contra normas generales de la Federación o de las entidades federativas;
 - 2) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos contra leyes federales o de las entidades federativas, así como contra tratados internacionales que vulneren derechos humanos consagrados en la Constitución y tratados de los que México sea parte; además, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas contra leyes expedidas por las Legislaturas locales;
 - 3) El Instituto Nacional de la transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, en contra de leyes federales y locales y contra tratados internacionales que vulneren el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales; así como los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas contra leyes locales;
 - 4) El fiscal general de la República respecto leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal,

así como contra las leyes relacionadas con el ámbito de sus funciones (art. 105, fracción II, incisos c, g, h, i).

- C) Acciones de inconstitucionalidad promovidas por partidos políticos (materia electoral): 1) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral contra leyes electorales federales o locales; 2) Los partidos políticos con registro en una entidad federativa contra leyes electorales expedidas por la Legislatura local respectiva (art. 105, fracción II, inciso f);

Las acciones de inconstitucionalidad deben promoverse en el plazo de 30 días naturales siguientes a la fecha en que se hubiere publicado la norma impugnada. Constituyen la única vía para plantear la inconstitucionalidad abstracta de normas electorales. Las leyes federales y locales de la materia electoral deben promulgarse y publicarse al menos 90 días antes de que se inicie el proceso electoral en que hayan de aplicarse, y durante ese proceso no pueden realizarse modificaciones legales fundamentales (art. 105, fracción II).

La declaración de invalidez de las normas impugnadas exige su aprobación por una mayoría de al menos 8 votos (de 11) en el pleno de ministros (art. 105, fracción II). Cualquier votación numéricamente inferior comporta la desestimación de la acción y el archivo del asunto (art. 72 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 constitucional). Tal como ocurre en las controversias, la declaración de invalidez no tiene efectos retroactivos, salvo que se trate de la materia penal (art. 105, penúltimo párrafo).

Por otro lado, en relación con la situación constitucional de los tribunales de los estados, hasta 2011 no contaron con competencia para realizar control difuso de constitucionalidad a consecuencia de una muy longeva jurisprudencia de la Suprema Corte que se lo impedía. En este sentido, el artículo 133 del texto original la Constitución en 1917 disponía: «Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a la Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas».

Las sentencias definitivas de los tribunales supremos de los estados pueden constituir actos de autoridad susceptibles de impugnación en juicio de amparo «directo».

En la importante resolución del «expediente varios» 912/2010 de la Corte, que implementó la sentencia del caso *Radilla Pacheco* (cuyo debate culminó el 14 de julio de 2011 en la Corte mexicana, tan solo un mes después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos), se eliminó la prohibición histórica del control difuso en el sistema jurídico. A partir de entonces, los tribunales locales, en el papel, pasaron a formar parte de la justicia constitucional difusa.

Finalmente, cabe señalar que en México no existe ninguna modalidad de control previo de constitucionalidad en el ámbito federal. Algunas entidades federativas han incorporado ciertos mecanismos de control previo (Yucatán, Oaxaca o Coahuila son algunos ejemplos). Sin embargo, no han tenido éxito alguno, circunstancia que puede deberse a factores políticos; al hecho de que no son ni pueden ser decisiones definitivas en el sistema jurídico (siempre es posible impugnarlas en juicio de amparo ante tribunales federales), lo que puede desincentivar un juicio ante la jurisdicción local; o incluso a una cultura litigiosa que sigue siendo poco proclive a la práctica de instrumentos que le resultan extraños o poco conocidos.

El juicio de amparo se mantiene como una competencia incommensurable para los tribunales de la Federación y para la Suprema Corte. Por lo que respecta a la Corte, la revisión en juicio de amparo de su competencia ha generado un crecimiento exponencial de su carga de trabajo, especialmente en la última década. No obstante, también ha servido para generar criterios novedosos relativos a los derechos y para aplicar nuevas metodologías interpretativas de los mismos.

Aun así, en esta materia se estima necesario un contundente ajuste en los criterios de admisión de los recursos de revisión, precisamente para hacer posible un control cuantitativo de los asuntos a fin de que la Corte no pierda su capacidad de respuesta a los problemas más acuciantes en materia de derechos fundamentales. En ese sentido, el *writ of certiorari*, como lo muestra el Derecho comparado, puede ser un buen instrumento

cuya inclusión en el sistema mexicano podría considerarse en el futuro más próximo.

En esa reflexión no puede negarse que la facultad de atracción ha sido una competencia que ha permitido a la Corte realizar una loable labor como máximo tribunal para interpretar los derechos humanos, sobre todo en el contexto de una dinámica de amparo que no siempre se muestra ágil en su tramitación procesal. Sin embargo, probablemente merezca la pena eliminar la posibilidad de atraer asuntos de la justicia ordinaria federal, aunque no sean muy numerosos, dado que ello no resulta congruente con el signo competencial preponderante de Tribunal Constitucional hacia el que indudablemente ha transitado la Corte.

Ahora bien, en la encrucijada competencial de la Corte en la búsqueda del robustecimiento sus capacidades como Tribunal Constitucional y como máximo garante judicial para los derechos humanos, hay un punto ineludible de reflexión: las competencias que no se corresponden precisamente con ese perfil institucional.

Es razonable pensar que debieran suprimirse atribuciones de la Corte que inciden directamente en la administración del Poder Judicial federal, y que se solapan con las del Consejo de la Judicatura Federal en ese rubro. No obstante, ello no significa que se le deba inhabilitar como órgano para la revisión judicial, en última instancia, de sus actos, cuando impliquen una merma de derechos fundamentales como el elemental derecho de acceso al recurso efectivo y a la justicia. Este aspecto constituye un buen ejemplo para pensar en justos equilibrios en esa relación.

Por otro lado, en mi opinión, la evolución institucional de la Corte mexicana no tiene porqué adherirse a un determinado ideal dogmático. El hecho de que ciertas competencias con las que cuenta no se compadezcan exactamente con un modelo teórico determinado no significa que puede hablarse de una suerte de desnaturalización o tergiversación de su jurisdicción constitucional.

Se trata de hacer de la Corte un máximo tribunal institucionalmente adecuado a las transformaciones democráticas. Así, muy probablemente no deba pretenderse la desarticulación de las múltiples facetas

competenciales con que cuenta. Esa complejidad competencial ha sido legítimamente asignada a partir de los procesos políticos que le han dado forma a lo largo de los años.

Estimo que un razonable balance competencial le permitiría hacer frente a los más complejos problemas de derechos humanos y la intermedicación eficaz en el sistema político. En ese sentido, es necesario implementar un ajuste sistémico que impida la saturación de casos (que en 2019 y 2020 han sido más de 17,000) y que evite el riesgo de parálisis o de mermas considerables en la calidad de sus decisiones.

Actualmente está en curso una importante reforma constitucional al Poder Judicial federal y, en específico, de la Suprema Corte. Esta reforma, propuesta por la propia Corte, fue adoptada como iniciativa por el presidente de la República. La reforma ya ha sido aprobada por ambas Cámaras del Congreso de la Unión y se encuentra en proceso de votación en los congresos de los Estados. Es muy posible que la reforma se apruebe definitivamente en 2021 y se integre entonces en la Constitución.

Las principales propuestas de esa reforma son las siguientes: la transformación del amparo directo en revisión en un recurso verdaderamente excepcional ante la Corte (con ello, la posibilidad de entenderlo como *writ of certiorari* está abierta); la inimpugnabilidad del acuerdo que desecha dicho recurso; la creación de un sistema de precedentes obligatorios con una sola decisión de la Corte, sin necesidad de reiteración; y la previsión expresa de controversias constitucionales contra actos omisivos⁴.

Sea como fuere, la Corte se enfrenta al reto de mantener de mejor manera su perfil de tribunal constitucional, e incrementar su calidad y eficacia en ese sentido. Aunque sus competencias excedan el ideal

.....

4 Me ocupé de analizar con mayor detalle y formular algunas críticas a estas reformas en el artículo: Herrera García, Alfonso, “La reforma de la Corte en la reforma judicial ¿Qué Tribunal Constitucional queremos?”, Blog del Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de abril de 2020, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-reforma-de-la-corte-en-la-reforma-judicial-que-tribunal-constitucional-queremos>

competencial de un órgano de esa especie. La mera sobre inclusión de competencias no merma, por sí sola, la jurisdicción constitucional concentrada que posee. Tener muchas competencias no puede ni debe equivaler a tener que resolver muchos casos. Acopiar muchas y variadas competencias puede hacerse compatible con la conformación de una justicia de pocos casos, estratégicos para los derechos y para la democracia.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

En la Constitución federal, los derechos fundamentales se denominan literalmente «derechos humanos». La antes citada reforma del 10 de junio de 2011 introdujo esta nomenclatura para las normas de derechos, que sustituyó a la expresión «garantías individuales» con la que se había nombrado a los derechos desde 1917 (y aún antes, en la Constitución predecesora, de 1857). Sin embargo, el cambio del 2011 significó mucho más que solo una modificación léxica.

La reforma fue profunda. Actualmente, la Constitución establece que las personas son titulares de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, además de los que consagra la Constitución (artículo 1, párrafo 1). Por otra parte, el texto constitucional incorpora mandatos hermenéuticos y dispone, por una parte, que las normas de derechos deben interpretarse de conformidad con los propios tratados, además de con la Constitución, y, por otra, que esas interpretaciones deben favorecer en todo tiempo la protección más amplia para las personas (artículo 1, párrafo 2).

El texto constitucional establece también la orientación específica de las obligaciones de las autoridades y los principios de derechos humanos. Todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Deben hacerlo de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Además, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos (artículo 1, párrafo 3). La importancia

de este precepto, sin embargo, no concluye con estas previsiones en el renovado constitucionalismo mexicano de los derechos.

En el propio artículo primero se prohíbe la esclavitud desde el texto original de 1917. Además, tras su reforma, aprobada el 14 de agosto de 2001, incorporó una concepción jurídica más completa del principio y el derecho a la igualdad y la no discriminación mediante una fórmula que proscribía toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (artículo 1, párrafo 5).

Ahora bien, como hemos señalado, la Constitución de 1917 reconoció desde su origen los primeros derechos sociales que se hayan visto en una carta fundamental en el mundo. Al mismo tiempo, por supuesto, incorporó derechos civiles básicos. A lo largo de las últimas décadas, la Constitución ha sido modificada múltiples veces para incorporar derechos de tipo colectivo y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Casi todos ellos están ubicados en el mismo Capítulo de los derechos, pero sin un orden o una sistemática específica.

En ese sentido, cabe observar que el artículo 4º constitucional ha servido como recipiente de derechos tales como el derecho a la alimentación, a la protección de la salud, al medio ambiente sano, al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico. No obstante, también reconoce derechos de naturaleza individual, entre ellos el derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata al nacimiento.

La técnica de la Constitución es deficiente, dicho esto en el sentido de que no se diseñó un capítulo específico para los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad ni una estructuración normativa ordenada de las manifestaciones del principio de igualdad. En este punto, cabe destacar, precisamente por su esfuerzo sistemático, extraño para el sistema, el artículo 2º que aglutina exclusivamente –dentro del extenso

marco constitucional– el régimen y los principios de los pueblos y comunidades indígenas.

Por lo que respecta a la positivación constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Constitución los menciona en distintas ocasiones. De nuevo, no lo hace necesariamente de manera sistemática. De hecho, puede afirmarse que las normas constitucionales reconocen a los tratados reiterativas y distintas funcionalidades en el sistema jurídico.

Así, el artículo primero los consagra tanto como fuente máxima de derechos y como canon interpretativo de las normas que los contienen. El artículo 103, relativo al juicio de amparo, caracteriza a los tratados, de nuevo, como parámetro de las normas generales y los actos de autoridad que pueden impugnarse en este proceso jurisdiccional.

El artículo 15 los consagra como parámetro normativo para el presidente de la República y el Senado dentro del procedimiento de aceptación y ratificación de otros tratados, y dispone que no pueden celebrarse tratados o convenios que alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y otros tratados de los que el Estado mexicano sea parte.

Por su importancia, cabe mencionar dos preceptos más que regulan los tratados en la Constitución: por una parte, el art. 105-II, que reconoce a los tratados como parámetro de regularidad de normas en el control abstracto y en materia de derechos humanos, cuando quien presenta una acción de inconstitucionalidad es la Comisión Nacional de Derechos Humanos; por otra, el art. 133, que reconoce su papel histórico (así se estableció desde 1917) como fuente integrante de la norma suprema de la Unión, aunque el precepto no especifica que deba tratarse únicamente de normas internacionales de derechos humanos, sino también de cualquier otra materia.

En la cuestión fundamental de los derechos, la Constitución mexicana presenta un rostro diametralmente distinto al que tuvo a lo largo de más de 9 décadas, desde su promulgación en 1917. Las consecuencias de esos cambios profundos en las normas de derechos tienen ya un reflejo no desdeñable en la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte.

La jurisprudencia más destacada de la Corte en el último lustro, por ejemplo, evidencia que se han dado importantes pasos adelante en la tutela del sistema de derechos. En 2019-2020, por ejemplo, la Corte introdujo avances considerables en materia de justiciabilidad de las normas por omisiones o deficiencias en el terreno legislativo o reglamentario. Esta tendencia marca el rumbo de una actitud judicial menos deferente con el legislador y la administración pública, especialmente cuando se trata del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación⁵.

En la última década también se ha advertido el impacto de la reforma en la consolidación de técnicas y métodos de interpretación en las sentencias constitucionales, innovaciones que, en realidad, no podían considerarse de larga experimentación en la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la igualdad y la no discriminación, o los derechos de las mujeres y de los niños en la convivencia familiar. También hay criterios importantes en materia de igualdad de género, así como en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad como las personas indígenas, las personas mayores o las personas en situación de discapacidad⁶.

Sin embargo, no puede hablarse de un éxito pleno, dado que aún no existe una clara proyección de esa reforma en la práctica del resto de los

.....

5 Así, por ejemplo, pueden destacarse casos relacionados con omisiones reglamentarias sobre el uso terapéutico de cannabis por niños con epilepsia, o la insuficiencia legislativa en materia de discriminación racial. Describo sucintamente estos casos en: Herrera García, Alfonso, “Casos relevantes de la Suprema Corte de Justicia de México en 2019”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 24 (2), Madrid, CEPC, julio-diciembre 2020, en especial pp. 598-601. Este ejemplar del Anuario está disponible en el enlace: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1445&IDA=39212>

6 Sólo para referirme a algunos ejemplos recientes, es el caso de la inconstitucionalidad del Código Civil de la Ciudad de México por atribuir de forma automática la guardia y custodia de los hijos menores de 12 años a la madre, lo cual se consideró discriminatorio; la constitucionalidad de la prohibición legal del matrimonio infantil en el Estado de Aguascalientes, o de la filiación de menores de edad en uniones homoparentales; todos ellos resueltos por la Corte en el 2019. Cfr. *Ibidem*, pp. 594-598.

tribunales del país, especialmente en los tribunales locales. Son muchas las dificultades que ha presentado la comprensión general del Derecho internacional de los derechos humanos, así como de los principios, técnicas y métodos de interpretación de los derechos por parte de un sector numeroso de juzgadores en el territorio nacional. La reforma de 2011 tampoco ha permeado del todo en la comunidad de abogados litigantes.

Tampoco puede hablarse todavía de un saldo positivo de la reforma relativa a los derechos humanos en términos de efectividad del nuevo marco jurídico y jurisprudencial en el día a día de las personas. En efecto, aún no ha conseguido un resultado palpable en su objetivo de sentar las bases para una igualdad material en la sociedad. Se trata de un difícil proceso de interiorización hacia las pautas y prácticas sociales, lo cual se ha agravado aún más con los saldos sociales que ha arrojado la pandemia por la COVID-19 en el territorio mexicano, así como la grave crisis de seguridad pública que se vive desde hace tres lustros.

Por lo que respecta a la pandemia por COVID-19, esta ha implicado, al igual que en otras latitudes del mundo, una crisis que seguirá involucrando decisiones judiciales relacionadas con la tensión inevitable entre los derechos y la emergencia sanitaria, ello a pesar de que no se ha dictado un decreto formal de estado de excepción o de emergencia constitucional en el país. El drástico impacto de la pandemia en la sociedad mexicana ha sido, en todo caso, indudable: en el momento de escribir estas líneas, se ha cobrado más de 190,000 vidas.

Hay que señalar, también, que en el futuro inmediato se vislumbran problemáticas acuciantes relativas a los derechos en el Poder Judicial de cara al renovado escenario del poder político. Ello es así, en parte, debido al advenimiento de nuevos protagonistas políticos tanto en el ámbito del Ejecutivo como en el Legislativo federal. En ambos poderes, el partido Morena tiene presencia mayoritaria y ha desplazado a los partidos que habían dominado el escenario institucional en el pasado (PRI y PAN).

Ese posible escenario de futuro no es ilusorio, considerando que el presidente López Obrador, junto con su movimiento –que tiene grandes posibilidades de continuidad en las preferencias del electorado–, ha

emprendido profundas transformaciones del sistema político, social, económico y gubernamental en un sexenio que inició en 2018 y que culminará en el 2024.

Los tiempos del Poder Judicial como institución responsable de salvaguardar los derechos fundamentales en momentos de intensas transformaciones institucionales se vislumbran complicados. Por supuesto, ello es inevitable si consideramos que estos cambios habrán de encontrar un adecuado acomodo democrático en el sistema jurídico que tan difícilmente se ha construido en México a lo largo de, por lo menos, las últimas 4 décadas.

■ PERÚ

César Landa*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

La Constitución de 1993 define al Estado peruano como un Estado social y democrático de Derecho. De acuerdo con sus características básicas, este modelo, se sustenta en los principios esenciales de solidaridad, libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. El Estado social y democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, si no que pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material¹.

Una de las implicaciones prácticas del diseño jurídico-político constitucional es su estrecha relación con la democracia, dado que no hay democracia sin Constitución ni Constitución sin democracia. El Estado social y democrático de Derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. Por ello, la democracia constituye un elemento imprescindible del Estado, ya que es una forma

.....

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, expresidente del Tribunal Constitucional del Perú y miembro del Comité de Expertos en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional de la KAS. Colaboradores: Astrid Barraga, Juan Carlos Jara, Rodrigo Paredes, Almendra Fernández, Valeria Prieto, Michelle de la Torre y Sebastian Shimabuku (Asistentes de los cursos de Derecho Constitucional I y Derechos Fundamentales de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

1 Exp. N.º 0008-2003-AI/TC.

sustancial de organización política del mismo, es decir, un mecanismo para la consecución del principio de igualdad en el ámbito social mediante la participación ciudadana, que no se limita al ámbito electoral.

Otra de las implicaciones del sistema constitucional es el modelo económico peruano, basado en la economía social de mercado. La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de Derecho, por lo que debe ser articulada con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. En ese sentido, la economía es un instrumento al servicio de la persona y su dignidad. Asimismo, el poder económico está limitado por la Constitución, lo cual evita los posibles abusos del mismo. Por ello, el marco constitucional peruano promueve tanta economía de mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario.

Finalmente, es necesario mencionar la implicación de la integración social y la protección de las poblaciones vulnerables en nuestro país. Por un lado, el sistema trata de lograr la integración social, que es el resultado del respeto del pluralismo y de la puesta en práctica de la democracia, ya que su objetivo es garantizar a todos la igualdad de condiciones para participar en la toma de decisiones que determinan el destino de una sociedad. Por otro lado, la Constitución reconoce una especial protección de las poblaciones en situación de vulnerabilidad, colectivos que, debido a sus condiciones de vida, derivadas de situaciones históricas de discriminación, se ven afectadas sistemáticamente en el disfrute y ejercicio de los derechos fundamentales. En ese sentido, el texto constitucional protege de manera específica a las personas discapacitadas, a los niños, niñas y adolescentes, las mujeres, los trabajadores y a los pueblos indígenas, si bien la jurisprudencia constitucional ha ampliado esta protección especial a las minorías sexuales.

De acuerdo con el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza de acuerdo con el principio de separación de poderes. En ese sentido, el Estado unitario y descentralizado posibilita gobernar unitariamente, sin perjuicio de la existencia de los gobiernos descentralizados, regionales y municipales, que contribuyen al desarrollo de la política nacional ejerciendo las competencias

que la Constitución asigna a cada nivel de gobierno. Los gobiernos descentralizados forman parte de la unidad del Estado, por lo que no es posible que excedan las competencias conferidas por la Constitución y las leyes².

La organización territorial peruana está conformada por departamentos, provincias, distritos y centros poblados. Cada departamento cuenta con un gobierno regional que dispone de autonomía y tiene el derecho de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. En la actualidad, el país está dividido en veinticuatro departamentos y la Provincia constitucional del Callao, herencia del antiguo modelo de organización territorial. Ahora, bien, cabe subrayar que una de las principales obligaciones de los gobiernos regionales es respetar el carácter unitario del Estado, que constituye el fundamento del Estado constitucional de Derecho.

El artículo 191 de la Constitución peruana establece la estructura orgánica básica de los gobiernos regionales, que se encargan de la administración superior de cada uno de los departamentos. En el Perú, contamos con veinticinco gobiernos regionales que están compuestos por dos órganos: un Consejo Regional y un gobernador regional. Asimismo, los gobiernos regionales se coordinan con las municipalidades, que tienen a su cargo las prestaciones de servicios de ámbito local en sus respectivas jurisdicciones. Actualmente, Perú cuenta con 196 municipalidades provinciales, 1874 municipalidades distritales y 25 gobiernos regionales.

En relación con la nacionalidad y ciudadanía, cabe señalar que la nacionalidad es el vínculo jurídico y político entre el Estado y la sociedad civil que genera derechos y deberes ciudadanos y puede ser considerada el nexo jurídico-político que liga a una persona con un Estado determinado y por el que se obliga con él a través de relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor de su protección diplomática. De acuerdo con la Constitución, la nacionalidad peruana se obtiene por nacimiento, naturalización y opción. La nacionalidad se relaciona con la ciudadanía, toda vez que la ciudadanía es una condición jurídico-política en virtud

.....

de la cual un nacional puede gozar y ejercer los derechos políticos. En el Perú, es necesario contar con dieciocho años y documento nacional de identidad para ejercer no solo los derechos políticos, sino también los derechos civiles. No obstante, el ejercicio de los derechos asociados a la ciudadanía puede ser restringido en ciertos supuestos; por ejemplo, en el caso de los condenados penales, los jueces pueden inhabilitarlos para ejercer sus derechos políticos.

Bajo el principio democrático se materializa la participación política de la ciudadanía a través de sus representantes libremente elegidos. De esta forma, el ciudadano es titular del derecho de elegir y ser elegidos para los cargos públicos de elección popular, de acuerdo con la Constitución y la ley. La condición de ciudadano otorga no solo el derecho, sino también la obligación de votar para elegir a las autoridades locales y regionales, a las que puede controlar mediante los mecanismos de la participación directa.

El modelo político de Estado nación está basado en la construcción de la «nación» como un principio unificador y homogeneizador de un conjunto de pueblos, lenguas y sus diferentes culturas. Las consecuencias de la implantación de este tipo de modelo político en contextos democráticos se concretan en un importante grado de integración de la diversidad étnica, cultural, lingüística y religiosa.

El artículo 2, inciso 19, de la Constitución del Perú reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. El Perú es un país pluricultural, pluriétnico, multilingüe compuesto por diversas naciones o nacionalidades que no han sido integradas en la unidad nacional que dio lugar a la identidad nacional. La dependencia colonial, la dominación española y norteamericana, así como la interna impidieron la construcción de la nación peruana y sus diversas identidades mediante la articulación e integración de lo costeño, lo andino y lo amazónico, que se manifiesta en lo que el *Amauta* José María Arguedas llamó el «Perú de todas las sangres». En este sentido, el Estado debe representar a la sociedad y crear las condiciones para que todos los ciudadanos puedan participar en las decisiones fundamentales.

Han pasado más de veinte años y la Constitución peruana de 1993 sigue vigente pese a su origen. Resulta difícil encontrar una sola respuesta

que explique su permanencia. Por un lado, la clase política no ha podido alcanzar un consenso para su reforma integral, pero sí se han producido reformas puntuales. Por otro, la ciudadanía no ha interiorizado la relevancia de un cambio constitucional o, dicho en otros términos, no se ha producido un «momento constituyente». No obstante, hay que reconocer que la actual Constitución no es la misma que la de 1993. Por tanto, es relevante recordar sus orígenes y evaluar sus alcances. Después de más de veinte años y de varios gobiernos, es legítimo preguntarse: ¿cuánto ha aportado la Constitución a la institucionalidad democrática y cuál será el camino a seguir? ¿Ha dado inicio a un nuevo periodo en nuestra historia constitucional?

En la actualidad, el texto constitucional presenta cambios sustanciales con respecto a su versión original. Entre otras reformas, se ha eliminado la reelección presidencial inmediata, se ha diseñado el marco constitucional básico de la descentralización, se ha incrementado el número de congresistas, se ha incorporado el derecho al sufragio de los militares y el derecho al agua potable. Además, el aporte del Tribunal Constitucional ha sido fundamental.

Por otro lado, la Constitución de 1933 es, por muchas circunstancias, importante en la historia constitucional nacional, pues ha logrado cierta estabilidad democrática. En esa línea, un aspecto novedoso ha sido el impulso al proceso de descentralización mediante la instalación de gobiernos regionales electos por el voto popular y la continuidad de los gobiernos municipales. Este puede ser un espacio importante de participación política y de democratización del poder, si bien es necesario que dichas instancias de gobierno actúen con eficiencia y utilicen adecuadamente sus recursos, aunque será decisiva la efectiva transferencia de algunas competencias y funciones que ostenta el Gobierno central.

Otro aspecto que resulta importante señalar es el reconocimiento de diversos derechos relacionados con la participación política y la institucionalización de mecanismos de democracia directa –entre ellos, la iniciativa legislativa, el referéndum o la rendición de cuentas–, así como la creación de la Defensoría del Pueblo como un órgano constitucionalmente

autónomo. No obstante, la parte dogmática de la Constitución de 1993 presenta una protección de los derechos fundamentales más atenuada que su antecesora de 1979, pues reduce la protección de los derechos individuales y sociales de las poblaciones vulnerables de nuestro país como los trabajadores y las comunidades campesinas e indígenas.

Es necesario señalar que en el Perú existe un alto porcentaje de la ciudadanía que no se siente comprometida con el régimen democrático. En efecto, solo seis de cada diez ciudadanos consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno³. En ese sentido, el cambio constitucional requiere un acuerdo entre todas las fuerzas políticas que tome en cuenta los intereses de la población, así como la integración efectiva en las diversas vías de la participación política de los sectores vulnerables de nuestro país. Solo así existirá un verdadero «momento constituyente». La reforma constitucional es muy importante, pero no es suficiente, pues es necesario un cambio en nuestra clase política que le confiera la cuota de legitimidad requerida para liderar un cambio y fortalecer nuestra institucionalidad democrática, todavía débil.

En el Perú sigue siendo una pendiente acometer una reforma del Estado que garantice a las personas la plena vigencia de sus derechos y la efectiva separación de poderes. Un componente importante de esta transformación es la reforma constitucional, dado que una democracia constitucional no solo requiere una economía estable, sino también una sólida institucionalidad.

2. Modelo económico

El modelo económico que establece el artículo 58 de la Constitución⁴ es el de una economía social de mercado (ESM). La ESM es el modelo econó-

.....
3 Abad Yupanqui, S. B. (2017). «Reforma constitucional o nueva Constitución. La experiencia peruana», *Cuestiones constitucionales*, (37), pp. 295-301.

4 Artículo 58. «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

mico del Estado social porque delimita los márgenes del modelo económico a fin de que la economía se adecue a los principios de democracia y solidaridad proclamados en el artículo 43 de la Constitución.

Este régimen es la conjunción del clásico modelo de economía liberal y el sistema de bienestar. En otras palabras, el régimen económico integra los principios e instituciones del liberalismo en un modelo político de democracia social. Por ello, como ya se ha señalado, el modelo económico peruano garantiza tanto mercado como sea necesario y tanto Estado como sea necesario.

En un sentido amplio, la ESM está basada en –y determinada por– el principio de solidaridad y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales. En relación con la primera cuestión el Tribunal Constitucional ha entendido al principio de solidaridad como un «nexo ético común» que vincula a los miembros de la comunidad política, de tal modo que integra las libertades privadas para la consecución de fines de interés común.

Por su parte, el respeto a los derechos fundamentales tiene como base la defensa de la persona y el respeto de su dignidad, que de acuerdo con el artículo primero constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado⁵. En este sentido, la economía de mercado no puede afectar los derechos de las personas; por el contrario, la defensa y el libre desarrollo de la persona son el centro y el fin último de la actividad económica.

Respecto al funcionamiento del modelo de ESM, el principio de subsidiariedad es quizás su manifestación más clara. El concepto de subsidiariedad se construye «positivamente» –a diferencia de la clásica lógica de orden «negativo», según la cual el Estado solo interviene en la economía para corregir las «fallas del mercado»– y promueve la participación del Estado en asuntos de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En este sentido, la subsidiariedad no es una cláusula restrictiva, sino un parámetro de intervención bajo el cual el Estado puede (y, en

.....

5 Artículo 1°. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

algunos casos, debe) intervenir en la actividad económica con mayor o menor intensidad, y siempre de acuerdo a la actividad que realice (por ejemplo, la intervención del Estado es mayor en la regulación de bienes y servicios públicos que en lo que respecta a actividades empresariales no esenciales), adecuándose a los derechos y principios que reconoce la Constitución.

Por lo tanto, en el modelo económico de la Constitución la libre iniciativa es la regla, pero de ninguna manera es una regla absoluta, ya que se prevé la intervención del Estado de forma solidaria.

El modelo de ESM, tiene manifestaciones concretas en la Constitución; por ejemplo, el artículo 59⁶ establece límites expresos a la libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de trabajo, indicando que el ejercicio de estas libertades «no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública». El Tribunal Constitucional, además, entiende que, si bien esta enumeración fortalece particularmente la protección de los bienes jurídicos mencionados, no es taxativa, sino que, en sentido amplio, el verdadero límite a las libertades económicas siempre será el respeto a los derechos fundamentales.

Esta vinculación no solo es «negativa» –en sentido prescriptivo o limitativo–, sino también es «positiva», toda vez que el artículo 58 dispone que la actividad económica estará orientada a la eficacia y satisfacción de los derechos fundamentales. Se reafirma así la tesis central según la cual la persona es una «finalidad» y no un «objeto» más en el mercado. Esta misma idea se desprende del artículo 65⁷, que establece que el Estado de-

.....
 6 Artículo 59. «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades».

7 Artículo 65. «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

fiende el interés de los consumidores y usuarios. En esta línea, el Tribunal Constitucional entiende que el consumidor –o usuario– es el «fin de toda actividad económica», siempre que «concluye el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar»⁸.

También se reafirma el principio democrático mediante la llamada acción positiva (*positive action*) y la promoción de la igualdad material bajo una comprensión social de la libertad económica. Bajo este prisma, el artículo 59 establece que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, y que promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Finalmente, el modelo económico también contiene cláusulas de protección indirecta a los agentes económicos. En ese sentido, el artículo 60 reconoce el pluralismo económico, que se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Asimismo, el Estado facilita y vigila la libre competencia, tal como establece el artículo 61⁹, que establece, además, que el Estado combate toda práctica monopólica y el abuso de posiciones dominantes, en particular en relación con los medios de comunicación social.

Sobre este último punto ha sido necesaria una regulación especial. Recientemente, el ordenamiento solo disponía de una Ley Antimonopolio en el sector eléctrico, expedida a finales del siglo pasado. Sin embargo, los problemas de la realidad exigían bases más sólidas y con sustento «técnico» para determinar la presencia de monopolios y resolver problemas que ponían en peligro la eficacia de los derechos fundamentales: monopolios en el mercado de la prensa escrita, monopolios

.....
8 STC 3315-2004 AA/TC f.j. 7.

9 Artículo 61. «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares».

en el mercado farmacéutico, etc. De esta manera, se expidió el Decreto de Urgencia N° 013-2019, una norma que facilita el control previo de operaciones de concentración empresarial y que sienta las bases para una regulación eficiente en materia de monopolios, pero que, por lo pronto, ha sido temporalmente suspendida.

La Constitución económica no solo reconoce derechos y garantías u orienta objetivamente la actividad económica de la nación; además, reconoce ciertos principios bajo los cuales se defiende la libre competencia como elemento sustancial del régimen económico, pero, a la vez, como una forma de protección de los usuarios y consumidores e, indirectamente, de la persona y de sus libertades esenciales.

La «liberalización» económica de la Constitución de 1993 contrasta con el modelo económico social de la Constitución de 1979, especialmente porque ha limitado los derechos sociales y económicos de los ciudadanos para promover la inversión extranjera y nacional a través de diversas vías: por ejemplo, otorgando intangibilidad jurídica a los contratos o precarizando los derechos laborales. Sin embargo, también puede destacarse la aparición de nuevos derechos como el derecho al agua potable, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, los derechos del medio ambiente, los derechos de las personas con discapacidad, entre otros, que dan una nueva orientación a los principios del régimen económico.

Es importante resaltar el rol del Tribunal Constitucional en el trabajo hermenéutico sobre estas cuestiones. Si bien algunas omisiones y decretos de la dictadura flexibilizaron las garantías y derechos que sostienen el modelo de economía social, a través de un importante rol, garantista y pedagógico el Tribunal Constitucional se encargó de reivindicar el contenido y los valores solidarios y sociales que la Constitución reconoce¹⁰.

.....
 10 Por ejemplo, en la STC 1124-2001-AA/TC el Tribunal Constitucional reconoce el derecho de los trabajadores a ser restituidos en sus puestos ante un despido arbitrario, pese a que la actual Constitución de 1993, habría suprimido la “estabilidad laboral absoluta” (“La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad,

La evolución en materia de derechos sociales ha sido importante. Así, por ejemplo, se desarrollan los derechos laborales, la protección del trabajador y su derecho de readmisión frente al despido arbitrario o discriminatorio. En este punto hay que resaltar, nuevamente, la importancia que la Constitución atribuye a la igualdad material mediante la especial protección de quienes se encuentran en situación de desventaja. De acuerdo con el artículo 23¹¹ de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

Por lo que respecta a la actividad empresarial, como ya se ha señalado, está orientada por los principios del modelo de economía social de mercado. En este sentido, la Constitución establece las condiciones para una competencia libre que proteja el interés de los consumidores, garantizando su derecho a la información y protegiendo su salud y seguridad.

Además, en lo que concierne sobre todo a las actividades extractivas, se reivindica el derecho a un medio ambiente equilibrado y la protección de los recursos naturales a fin de construir un modelo de «desarrollo

.....
 por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional” f.j.12). La STC 2226-2007-PA/TC, por otro lado, admite tácitamente la posibilidad de inaplicar cláusulas contractuales que afecten derechos o principios fundamentales, a pesar de que el artículo 62 de nuestra Constitución, estableciera, en principio, un mandato rígido de intangibilidad contractual (“Se busca, en otros términos, proteger al individuo de una de las posibles manifestaciones en que puede tomar cuerpo la arbitrariedad; concretándose la ley, sobre lo que está permitido o prohibido, y el tiempo en que tal permisón o prohibición está vigente, a partir de la teoría de los hechos cumplidos referida supra. Asimismo, la potestad de sanción del Estado no puede suponer que se apele a fórmulas desproporcionadas de lo que constituye el propio régimen tributario” f.j. 23), entre otros casos.

¹¹ Artículo 23. «El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo».

sostenible» que determina la actividad económica. En ese entendido, se habla de la «responsabilidad social» del empresario, así como de la relación social del Estado como garante del bienestar general, y de la constitucionalización de la economía, de la tutela del medio ambiente y la explotación sostenible de los recursos naturales. Es decir, la empresa se concibe como un agente más integrado en el modelo de economía social, y se establece su deber de respetar y promover los principios y garantías que la Constitución reconoce. Cabe aclarar, en este punto, que la protección del medio ambiente no es una exclusiva protección «ambiental»; se conecta, también, con el derecho a una identidad étnica de las comunidades indígenas, y el derecho a la autodeterminación y al dominio de sus tierras, que se garantiza mediante el derecho a una consulta previa reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

Siguiendo en esta línea, y aunque ha habido una tendencia generalizada a la privatización de los servicios públicos, el Estado continúa ejerciendo una labor importante en la prestación de servicios esenciales. Esta función está fuertemente vinculada al rol orientador del Estado y a la protección de los derechos de las personas como fin último de la actividad económica. Así, la Constitución reconoce en su artículo 66¹² que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la nación, y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Es decir, la Constitución reconoce que es el Estado el encargado de garantizar el acceso de los peruanos y las peruanas a los servicios básicos y esenciales.

Es en este contexto, en el que se promueve el acceso a los servicios básicos como garantía mínima y necesaria del Estado Social, se reconoce el derecho al agua potable. Este «nuevo derecho» fue reconocido por el Tribunal Constitucional en el 2004, y en 2017 fue reconocido expresamente

.....

12 Artículo 66. «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal».

en la Constitución, cuyo artículo 7-A dispone que toda persona tiene el derecho a acceder de forma progresiva y universal al agua potable. Este artículo establece que el agua es un recurso natural esencial, un bien de dominio público, y que el Estado debe promover un manejo sostenible del mismo.

A raíz de lo expuesto, podemos concluir que el modelo de ESM reivindica la función del Estado como agente necesario para integrar las libertades económicas e individuales en la adecuada proyección y eficacia de los derechos fundamentales; cabe destacar el importante rol del Tribunal Constitucional para demarcar los límites y desarrollar los principios a cuya realización se orienta este modelo. Del mismo modo, es preciso resaltar que, en el contexto actual, que el modelo de ESM implica, muchas veces, priorizar la protección del entorno medio ambiental, así como la defensa de la salud y de la persona antes que a la actividad económica o extractiva, una prioridad claramente simbolizada por el reciente reconocimiento del derecho fundamental al agua potable.

3. Modelo político y sistema de gobierno

En cuanto al sistema de gobierno –la organización y delimitación de poder–, cabe señalar que la República del Perú tiene un sistema de gobierno presidencial atenuado. Esta definición parte de las instituciones que facultan al presidente de la República ejercer las potestades para gobernar, establecidas en la Constitución de 1993. Las facultades gubernamentales y de administración del Estado se concentran, en su mayoría, en la figura del presidente. Sin embargo, al presidente se han sumado otras instituciones propias del Poder Ejecutivo como el Consejo de Ministros –artículos 119 al 129– y los dos vicepresidentes –artículos 111 y 115–. Dado que ambas figuras están reconocidas igualmente, evitan que todo el poder se concentre absolutamente en el presidente.

El presidente de la República tiene las atribuciones de jefe de Estado y no es nombrado y removido por el Congreso unicameral –como lo sería en un modelo parlamentario–, sino que es elegido por elección popular por un período de cinco años y no es reelegible de manera inmediata. En

esa línea, el artículo 110 de la Constitución establece que el presidente de la República es el jefe de Estado y personifica a la nación. Por su parte, el artículo 111 dispone que el presidente de la República se elige por sufragio directo y que, de no alcanzar la mayoría absoluta, se celebrará una segunda vuelta con los 2 candidatos más votados.

Dentro de sus facultades gubernamentales y administrativas, el presidente es representante del Estado a nivel interno y externo del país (art 118-2). Es el director y portavoz de la política general del gobierno (artículo 118-3). También dirige la política exterior y es jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú (artículo 118-14). Desde el punto de vista normativo, el presidente tiene facultades para dictar decretos legislativos por delegación del Congreso, aprobar tratados simplificados y decretar estados de excepción –emergencia y sitio–. En materia económica está facultado para expedir decretos de urgencia, previa aprobación del Consejo de Ministros.

De acuerdo con el artículo 90 de la Constitución de 1993, la organización política parlamentaria articula en un Congreso unicameral que consta de 130 congresistas elegidos en elecciones democráticas por un periodo de 5 años. En el mismo texto constitucional se establece como parámetro la prohibición de candidatear simultáneamente a la presidencia de la República y en una lista congresal. Para ser candidato al Congreso se debe ser peruano de nacimiento, tener veinticinco años cumplidos, gozar de derecho de sufragio y no haber sido condenado penalmente en primera instancia por un delito doloso.

Históricamente, el Congreso de la República fue bicameral desde la Constitución de 1826 hasta la Constitución de 1979. Se consagró sistema conformado por una Cámara alta de Senadores y una Cámara baja de Diputados –con la excepción de la Constitución de 1867–. La bicameralidad como modelo de organización política parlamentaria fue desestimada después del autogolpe de Estado de 1992 del expresidente Alberto Fujimori (1990-2000). En los últimos años se ha iniciado un período de reformas constitucionales mediante referéndum popular, como la aprobada el año 2018, que estableció la prohibición de la reelección inmediata

de congresistas, el control de la financiación de los partidos políticos, o la creación de la Junta Nacional de Justicia, en la lucha contra la alta corrupción política y judicial. No obstante, se rechazó la reforma referida al retorno a la bicameralidad.

De acuerdo con el artículo 107 del texto constitucional, el presidente de la República también posee facultades normativas como el derecho a la iniciativa en la formación de leyes y resoluciones legislativas, al igual que las instituciones públicas autónomas, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales. En ese sentido, son consideradas normas de rango de ley las normas regionales y ordenanzas municipales; al tener esa condición, pueden ser objeto de demandas de inconstitucionalidad de acuerdo al artículo 200, inciso 4, de la Constitución; asimismo, pueden ser sometidas a referéndum de acuerdo con el artículo 32. De la misma manera, las potestades de los gobiernos regionales y locales se encuentran desarrolladas a profundidad en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley 27867) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 27972). En cuanto a la materia tributaria, el artículo 74 de la Constitución establece que los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear modificar, suprimir o exonerar contribuciones y tasas. Estas tienen que referirse a su jurisdicción regional o local e instituirse con los límites que señala la ley.

En cuanto a la interacción entre Poder Ejecutivo y el Congreso, el Tribunal Constitucional peruano ha recordado en su jurisprudencia que históricamente el modelo de gobierno se ha centrado en un sistema presidencial atenuado. Sin embargo, paulatinamente se han introducido en la Constitución instituciones propias de regímenes parlamentarios se han consolidado como principios de las relaciones entre el Parlamento y el Poder Ejecutivo y viceversa¹³. Entre ellas, cabe citar las siguientes: principio de separación de poderes propiamente dicho, principio de balance de poderes, principio de cooperación, principio de solución democrática. Estas cuatro instituciones son el fundamento de la forma de gobierno

.....

13 Exp. N° 0006-2019-CC/TC, FJ 33-34.

establecidas en el artículo 43 de la Constitución y desarrolladas en las sentencias del Tribunal Constitucional.

El principio de control y balance de poderes –*Check and balances of power*– forma parte de la estructuración de gobiernos con diferentes poderes. Este principio surge a partir de los intereses contrapuestos y las controversias entre las distintas instituciones de poder y está regulado en los artículos 130 a 136, en el marco de la institucionalización de las relaciones entre el Parlamento y el Ejecutivo.

De acuerdo con las potestades constitucionales del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, puede ejercerse 3 formas de control: control preventivo, funcional y represivo.

En cuanto al Poder Legislativo, las facultades de control preventivo se manifiestan en la investidura parlamentaria, que, según el artículo 130 de la Constitución, es el acto de reconocimiento que realiza el Legislativo al nuevo Gobierno constituido con posterioridad a las elecciones políticas del Presidente de la República y los representantes al Congreso unicameral.

En cuanto al control funcional, el Parlamento puede llevar a cabo acciones para fiscalizar a las diversas instituciones públicas del Estado como formular pedidos e informes a las entidades públicas –artículo 96–. Asimismo, los ministros son invitados al Pleno del Congreso para poder participar en el debate parlamentario a fin de que los debates tengan carácter público. Según el artículo 104, el Legislativo puede delegar funciones al Ejecutivo para que legisle mediante decretos legislativos; para ello, el presidente da cuenta al Parlamento sobre lo legislado, respetando siempre el principio de control y balance de poderes.

Las facultades de control represivo se manifiestan de manera gradual. El primer nivel de control se plasma en las comisiones investigadoras. En ellas, el Legislativo puede fiscalizar de forma más directa a las demás instituciones. En un nivel superior, podría manifestarse la potestad de la interpelación ministerial, es decir, la facultad en virtud de la cual el Parlamento convoca al Consejo de Ministros o a cualquiera del gabinete de manera individual para obtener respuestas sobre cualquier interrogante (artículo 131 de la Constitución). En un tercer nivel,

el artículo 132 establece que el Congreso también posee la facultad de censurar a los ministros que sean pasibles de responsabilidad política, luego de una interpelación ministerial. Finalmente, el Parlamento tiene la potestad de realizar una acusación constitucional –artículo 99– a todas las figuras que personifican los organismos constitucionales, entre ellos el Presidente de la República, por infracción constitucional o delito en el ejercicio de sus funciones y dentro de 5 años posteriores. El artículo 117 prevé que el presidente pueda ser acusado en su período por traición a la patria, por impedir elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por impedir la reunión, funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos electorales, o disolver el Congreso salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución. En la misma línea, el artículo 100 de la Constitución establece que, mediante el antejuicio político, el Parlamento puede suspender, inhabilitar hasta por 10 años o destituir del cargo a cualquier funcionario público, incluido el presidente, listado en el artículo 99.

Por otro lado, el control preventivo que realiza el Ejecutivo –a través del presidente del Consejo de Ministros– se presenta en el momento del planteamiento de la cuestión de confianza en los primeros treinta días que asume en nuevo Gobierno de turno. Se invoca de manera obligatoria para el voto de la investidura en el que se debate la política general del Gobierno y las principales medidas adoptadas por el mismo para su gestión. Asimismo, el presidente del Consejo de Ministros tiene la potestad de plantear de manera facultativa la cuestión de confianza ante el Congreso sobre las políticas y medidas presentadas por el Ejecutivo necesarias para su gestión o cuando es interpelado. En caso de que sea rechazada, censurada, o si renuncia o es removido del cargo el presidente de la República, todo el gabinete ministerial renuncia automáticamente, ello en virtud del artículo 133 de la Constitución. No obstante, el presidente puede volver a nombrar a los ministros del Congreso con excepción de los que obtuvieron el particular rechazo del Congreso¹⁴.

En cuanto al control funcional, el presidente puede observar en parte o en su integridad una ley aprobada por el Congreso previamente a la promulgación de la misma. Una vez levantada las observaciones, el presidente del Consejo Ministros promulgará la ley siempre con aprobación de más de la mitad del número legal de miembros parlamentarios.

En cuanto al control represivo, el presidente de la República tiene la potestad de disolver el Congreso cuando este haya censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros. La disolución conlleva la inmediata convocatoria de elecciones para un nuevo Congreso dentro de los siguientes 4 meses. Durante el interregno parlamentario, se mantienen las funciones de la Comisión Permanente, que no puede ser disuelta. Por otra parte, el Congreso no podrá ser disuelto en el último año del mandato del presidente. Esta previsión está reconocida en el artículo 134 de la Constitución y debe ser entendida en última instancia tomando en consideración las tensiones de las relaciones Parlamento-Ejecutivo.

Desde la primera Constitución de 1823, el diseño constitucional peruano ha sido modificado en diversos aspectos. En cuanto a las instituciones de los tres clásicos poderes del Estado, al introducirse las nuevas instituciones, el diseño constitucional ha variado. Recientemente, las novísimas instituciones de control y balance de poder expuestas anteriormente han sido objeto de aplicación en los últimos años debido a tensiones políticas que han motivado la aplicación de controles represivos entre ambas instituciones.

Así, en las elecciones generales del 2016, el partido fujimorista Fuerza Popular, cuya líder es Keiko Fujimori –hija del expresidente Alberto Fujimori– consiguió la mayoría parlamentaria. Por otro lado, Pedro Pablo Kuczynski, derrotó en la segunda vuelta a Keiko Fujimori y triunfó en las elecciones presidenciales por un escaso margen de votos. A finales del 2017, Kuczynski se ve inmerso en investigaciones que implican funcionarios de alto rango en casos de corrupción relacionados con la empresa constructora Odebrecht. A partir del conocimiento de estos hechos, el 15 diciembre el Congreso aprueba debatir un pedido de vacancia presidencial contra Kuczynski por incapacidad moral permanente, que sería rechazado debido al voto discordante de 10 parlamentarios. El 24 de diciembre Kuczynski indultó

al expresidente Alberto Fujimori, que cumplía una condena de 25 años de prisión por crímenes de lesa humanidad desde 2009. Esta medida fue duramente criticada debido a que, al parecer, el indulto era parte de un trato para que la facción separatista fujimorista no votase a favor de la vacancia.

El 21 de marzo del 2018 Kuczynski renunció a la Presidencia un día antes de tener que afrontar un nuevo proceso de vacancia por el Congreso por supuestos vínculos con Odebrecht. Así, cumpliendo con el mecanismo de sucesión previsto en la Constitución, Martín Vizcarra asume la Presidencia; días después, se anuncia su primer gabinete ministerial presidido por César Villanueva, que obtiene el voto de investidura para su periodo y el Ejecutivo establece como prioridad de su Gobierno políticas de lucha contra la corrupción política y judicial.

Tras el escándalo del 7 de julio, día en el que se hicieron públicos una serie de audios que revelaron una red de corrupción en el sistema de justicia, el gabinete ministerial hizo cuestión de confianza a cuatro proyectos de ley de reforma constitucional para que fueran sometidos a referéndum popular. Los proyectos versaban sobre la creación de una nueva Junta Nacional de Justicia (JNJ), la prohibición de la financiación privada a los partidos políticos, la no reelección parlamentaria inmediata y el retorno a un sistema bicameral en el Parlamento. Todos fueron aprobados, excepción hecha del último, ya que la mayoría opositora parlamentaria distorsionó el proyecto original.

Después de posteriores votos de confianza que realizó el Ejecutivo en sus políticas, el presidente de la República mostró intenciones de iniciar una reforma constitucional para adelantar las elecciones generales y poner fin a la crisis política que fue archivada en sede parlamentaria. Posteriormente, el 30 de septiembre, el Parlamento fue convocado para elegir a los candidatos para el Tribunal Constitucional. Por ello, el presidente del Consejo de Ministros acudió al Congreso con la finalidad que la elección fuera suspendida y se modificara la elección mediante concurso público. Sin embargo, se impidió que pudiera ingresar en el hemiciclo para presentar la moción, aunque los ministros tienen la potestad de participar y debatir en las sesiones del Congreso en virtud del artículo 129 de la Constitución.

Después de poder ingresar al hemiciclo del Congreso, Del Solar planteó la cuestión de confianza. Sin embargo, el mismo fue rechazado y el pleno continuó con la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, logrando elegir a uno. Tras la omisión de debatir y suspender el proceso, se asumió la denegatoria fáctica de la cuestión de confianza ya que se había procedido a elegir a un miembro. Seguidamente, el Presidente Vizcarra disolvió el Congreso al ser la segunda cuestión de confianza negada fácticamente en su mandato presidencial, el mismo que recibió el pleno respaldo popular en las calles de todo el país. No obstante, la Organización de Estados Americanos manifestó que la controversia fuera resuelta por el Tribunal Constitucional, que declaró infundada la demanda competencial planteada por el Congreso y declaró constitucional la disolución del Congreso¹⁵.

A modo de reflexión final, cabe señalar que en los últimos años se han producido fuertes tensiones políticas¹⁶ influenciadas, en su mayor parte, por la resistencia a acometer la lucha contra la corrupción política y judicial. Si bien estas tensiones han generado la crisis en las relaciones entre Parlamento y el Ejecutivo, todas ellas se han resuelto hasta el momento por vías institucionales. Las medidas tomadas por el Ejecutivo se debieron a la dilación del debate parlamentario provocado por la oposición, y la situación concluyó con la primera disolución constitucional en la historia del Perú.

4. Democracia y participación

A finales de los años 70, la mayor parte de América Latina vivió la tercera ola democratizadora en la que las dictaduras militares transitaron hacia

.....
 15 Exp. N° 0006-2019-CC/TC.

16 Con motivo de la elección del nuevo Congreso Unicameral (20-1-20) tras su disolución constitucional (30-9-19), la nueva oposición parlamentaria vacó arbitrariamente al Presidente Marín Vizcarra y asumió la Presidencia de la República el Presidente del Congreso Manuel Merino; el mismo que renunció a los 6 días, debido a las movilizaciones de la población en las calles –con muertos y heridos– contra la maniobra para vacar al Presidente, por un Congreso desprestigiado.

gobiernos democráticos. En el caso de Perú, después de doce años de dictadura militar, se convocó a una Asamblea Constituyente y, finalmente, en 1980, Fernando Belaunde fue elegido presidente. Su mandato no duró mucho tiempo, ya que el 5 de abril de 1992 Alberto Fujimori dio un golpe de Estado y durante casi una década se instaló un régimen que, pese a que derrotó al terrorismo y controló la hiperinflación, se caracterizó por la violación de los derechos humanos y la corrupción.

Desde su salida del Perú en el año 2000, las elecciones se celebran libremente, por lo que en los últimos 20 años hemos vivido un periodo de relativa estabilidad democrática. Esta continuidad democrática ha tenido lugar pese al fracaso del sistema de partidos políticos y el desprestigio de sus líderes, concretado en la condena penal, las investigaciones o la imputación de los últimos cinco expresidentes que gobernaron entre 1990 y 2018. A pesar de que se hayan producido cambios importantes en la manera en la que los ciudadanos perciben la democracia, nuestra cultura política está íntimamente relacionada con factores estructurales, por lo que por lo que podría decirse que continuamos en vía de desarrollo.

La Constitución de 1993 incorpora el modelo político presidencialista actualmente en vigor, un modelo que tiene su origen en la crisis de la democracia representativa, la desintegración y la escasa legitimidad de la institución parlamentaria. Paralelamente tuvo lugar un cambio radical en la cultura política de las masas sociales, que adquirieron un rol cada vez más prominente y convirtieron a la democracia en el medio ideal para alzar su voz sobre determinados aspectos de la realidad social y vehicular sus reclamos.

La democracia es el gobierno del poder público en manos de la ciudadanía y los mecanismos de democracia directa la acercan a la gestión de los asuntos de interés general. Nuestro modelo de democracia es mixto, en la medida en que el principio general, consagrado en el art. 43 de la Constitución, es la democracia representativa, pero existen mecanismos de democracia directa. Es fundamental remarcar que ambos dispositivos de participación política son complementarios y que su finalidad es establecer un diálogo integral entre los representantes políticos y los ciudadanos.

De acuerdo con artículo 45 de la Constitución, el poder del Estado emana del pueblo, dado que es el *demos* el que elige a sus representantes a través del ejercicio del sufragio activo en las elecciones. Por ello, cada ciudadano tiene la libertad de participar y controlar, hasta cierto punto, a sus representantes. Los ciudadanos también pueden unirse en organizaciones civiles, gremios, sindicatos y partidos políticos para ejercer el sufragio activo y pasivo y representar al país. Considerando que estamos en el siglo XXI, los medios de comunicación y las redes sociales también juegan un papel importante en el debate democrático, dado que constituyen un canal a través del cual los ciudadanos pueden opinar libremente sobre el Estado y los asuntos públicos y un mecanismo de transparencia.

En las últimas décadas se han implementado múltiples mecanismos de democracia directa para fortalecer la democracia representativa y convertir al ciudadano en un participante constante. Esta apertura del sistema político se produjo a partir de la Ley de Participación Ciudadana (Ley N° 26300), de 1994, que regula el ejercicio de los derechos de participación y control de los ciudadanos y complementa los principios de la democracia representativa –la competencia pluralista, la apertura participativa y la institucionalidad inclusiva–. Entre los derechos de participación, destaca la iniciativa de reforma constitucional, la iniciativa en la formación de leyes, el referéndum y la iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales. A título ilustrativo, 5,000 ciudadanos tienen la potestad de presentar una acción de inconstitucionalidad contra una ley, como sucedió en el caso Fondo Nacional de Viviendas¹⁷.

Por otro lado, los derechos a través de cuyo ejercicio los ciudadanos ejercen el control del poder son la revocatoria y remoción de autoridades y la demanda de rendición de cuentas. Se trata de mecanismos de consulta ciudadana en los que el pueblo se pronuncia sobre la ejecutoria de una autoridad o sobre un asunto específico. Por ejemplo, el referéndum fue utilizado para la aprobación de la Constitución de 1993; en el artículo 32

de la Constitución se relacionan las materias que pueden ser sometidas a referéndum y aquellas para las que está vedada esta vía¹⁸.

El artículo 2.17 de la Constitución¹⁹ consagra los derechos de participación política de los ciudadanos y el artículo 31²⁰ regula los mecanismos de democracia directa: el derecho de elección, remoción o revocación de autoridades, la iniciativa legislativa, el referéndum y la demanda de rendición de cuentas. La democracia se hace realidad a partir del rol que desempeñan los representantes en las diversas instituciones –el Congreso, los 25 gobiernos regionales, las 196 municipalidades provinciales y las 1874 municipalidades distritales–. No obstante, se vuelve una realidad legítima a partir del rol que ejercen los ciudadanos a través de los distintos mecanismos que propician su participación directa en la arena política.

Los derechos de participación directa plasman los mecanismos de control del poder. Como se ha señalado, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas son derechos de control que los ciudadanos pueden ejercer en los niveles de gobierno central, regional o municipal; un ejemplo es la consulta popular de revocatoria de

.....

18 Artículo 32. «Pueden ser sometidas a referéndum: 1. La reforma total o parcial de la Constitución; 2. La aprobación de normas con rango de ley; 3. Las ordenanzas municipales; y 4. Las materias relativas al proceso de descentralización. No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor».

19 Artículo 2. «Toda persona tiene derecho: 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum».

20 Artículo 31. «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su Participación [...]

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos».

la alcaldesa de Lima, Susana Villarán, que tuvo lugar en 2013. Estos mecanismos funcionan, pues, como formas de participación en la vida política, ya sea para manifestar el respaldo a una autoridad, ya para removerla.

En los últimos años, se han desarrollado nuevos medios de control y participación política como el constitucionalismo dialógico, que prioriza la deliberación democrática y promueve una organización institucional distinta a la estructura de *checks and balances*. El constitucionalismo dialógico promueve los debates abiertos sobre temas de interés público contribuyen a fomentar un diálogo constante entre las autoridades y los ciudadanos a través de mecanismos tales como el presupuesto participativo a nivel de los gobiernos locales (Ley N° 28056) y la consulta previa de los pueblos indígenas andinos y amazónicos (artículo 89 de la Constitución Política del Perú).

El proceso de consolidación de nuestra democracia sigue su curso, aunque tropieza con obstáculos como la falta de continuidad de las alternativas políticas, la debilidad de los partidos políticos y la falta de transparencia de su financiación. Cerca ya del bicentenario de la independencia de nuestra nación, casi 20 años después de reconstruir el sistema democrático, Perú sigue buscando una fórmula de gobierno representativo con mecanismos de democracia directa que funcione sin corrupción.

Es crucial que la democracia no sea comprendida ni pensada de una manera dogmática ni escéptica, sino a partir de un acercamiento crítico como es el *vox populi vox hominum*. La perspectiva crítica plantea una teoría real y equilibrada que prevé regulaciones y limitaciones y que concibe la democracia como un medio y un fin al servicio de todos. Para que el pueblo se supere, son necesarios líderes que, al decir del historiador Basadre, no sean «podridos, congelados e incendiados», como lo han sido los últimos cinco presidentes de la República: Alberto Fujimori fue condenado por cargos de corrupción y graves atentados contra los derechos humanos, Alejandro Toledo es prófugo de la justicia desde el 2017, Alan García se suicidó después de conocer la orden de detención librada contra él, producto de un caso de corrupción, Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski están siendo investigados por delitos de corrupción. A

pesar de este panorama desalentador, la realidad demuestra que todos son tratados igual ante la ley: la prueba más fehaciente es que el expresidente, Martín Vizcarra, está siendo investigado.

La historia del Perú evidencia que la corrupción siempre ha estado presente en la vida política y en la cultura, y ello explica el descrédito de instituciones como el Parlamento y el Poder Judicial. Una consecuencia de este desprestigio es la crisis que experimentó la democracia representativa, crisis que motivó la instauración de mecanismos participativos como la iniciativa legislativa y el referéndum a fin de conformar un modelo de democracia representativa y popular que trata de establecer vías efectivas para canalizar las demandas ciudadanas. Un ejemplo de la consagración de este modelo son las cuatro reformas constitucionales que en 2018 fueron sometidas a referéndum popular a las que se ha hecho referencia en el apartado 3 de este trabajo. Se formuló consulta a la ciudadanía sobre la reforma parcial de la Constitución para luchar contra la corrupción y mitigar el descontento generalizado con los órganos de representación. Entre los resultados de la consulta cabe destacar la incorporación del artículo 90-A a la Carta Magna, precepto que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios, y la modificación del artículo 35 de la Constitución, que hace una referencia explícita a la necesidad de que el origen los recursos económicos de los partidos sea transparente.

Asimismo, la reciente Ley de reforma constitucional de septiembre del 2020 adicionó los artículos 34-A y 39-A a la Constitución Política. Ambos preceptos prohíben que las personas encausadas en procesos penales y condenadas en primera instancia por delitos dolosos postulen y asuman cargos de función pública y elección popular, entre ellos el de representantes en el Parlamento. Estas revisiones del sistema tratan de evitar la manipulación de las instituciones de la democracia, fenómeno que en los últimos años ha impactado en la opinión popular a través de los medios de comunicación.

La brecha entre el apoyo al sistema de gobierno democrático y la (in)satisfacción por su funcionamiento real es un signo distintivo de la percepción ciudadana de nuestro diseño constitucional. Para los peruanos,

si la democracia no es eficaz, no es válida. Por ello, toman como referentes del desarrollo determinados factores económicos como el crecimiento del Producto Bruto Interno. No obstante, la democracia no está únicamente vinculada a la economía o a la satisfacción de necesidades emergentes. Es también –o sobre todo– un hecho social de orden eminentemente político a través de cuyo ejercicio pueden lograrse el respeto de los derechos fundamentales de la persona, el pluralismo y la igualdad de todos ante la ley.

El modelo de Estado peruano se ha forjado a partir de principios jurídicos y políticos como la democracia, la soberanía del pueblo y la dignidad. No es posible, sin embargo, ignorar las desigualdades sociales, económicas y culturales que obstaculizan el acceso igualitario a la plena ciudadanía. Amplios sectores de la población no han accedido a los beneficios del sistema democrático: a pesar de que el Perú es un régimen democrático, los ciudadanos no gozan del mismo reconocimiento frente al Estado. A miras del futuro, la educación constituye la herramienta más importante para difundir y robustecer el sistema democrático y, por ende, para construir la ciudadanía. La materialización de la promesa democrática no puede lograrse si no es a través de la participación activa del pueblo formado por ciudadanos dotados de capacidad crítica que ejerzan sus libertades de pensamiento y opinión. Por ello, resulta esencial que el pueblo no se convierta en un mero objeto de las encuestas de opinión pública y de los medios de comunicación y que la denominada democracia de los sondeos genere un auténtico debate político de cuño participativo.

5. Justicia Constitucional

Pese a las iniciales reservas del expresidente Alberto Fujimori (1990-2000), la Constitución de 1993 establece que el Tribunal Constitucional es el máximo guardián de la Constitución. El Tribunal Constitucional es un órgano de carácter autónomo que, pese a su carácter jurisdiccional, no pertenece al Poder Judicial. La función del Tribunal Constitucional es controlar la aplicación de normas jurídicas, el accionar de los poderes públicos y las relaciones entre particulares para garantizar su armonía con la Constitución.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional puede interferir en la vida política, como se ha visto recientemente. El Tribunal Constitucional declaró constitucional la disolución del Congreso de la República a través del proceso de conflicto competencial que resolvió²¹. De acuerdo con el art. 201 de la Constitución, los siete magistrados del Tribunal Constitucional son electos por el Poder Legislativo con el voto a favor de dos tercios del número legal de miembros. Precisamente, el proceso de renovación de seis magistrados cuyo mandato de cinco había vencido estuvo marcado por graves irregularidades parlamentarias, lo que llevó al Poder Ejecutivo a aplicar la cláusula constitucional de la disolución del Poder Legislativo.

Tomando en consideración la competencia del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley cuando sean contrarias a la Constitución por el fondo o por la forma, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional es el único titular del control abstracto de las leyes. Esta función se encuentra regulada en los artículos 200, inciso 4, y 202, inciso 1, de la Constitución, precepto, este último, que dispone: «Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. conocer, en última instancia única, la acción de inconstitucionalidad».

Como se ha señalado arriba, el Tribunal Constitucional no es el único órgano que tiene encomendada la protección de la Constitución. El artículo 138 *in fine* de la Constitución dispone: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes». Sumada al principio de supremacía de la Constitución, esta previsión constituye la apoyatura de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de ejercer un control de constitucionalidad difuso.

En sus diferentes cortes jerarquizadas que versan sobre materia constitucional, el Poder Judicial vela por el respeto a la Constitución. Estas instituciones aplican control difuso, una facultad reconocida a todos los jueces del sistema peruano. Se acepta, por tanto, que realicen un control

.....

21 Expediente N° 0006-2019-CC/TC.

de constitucionalidad concreto: los jueces tienen la capacidad de inaplicar normas en un caso concreto cuando vulneren la Constitución.

El ordenamiento peruano establece que no solo la justicia ordinaria tiene la capacidad de ejercer el control de constitucionalidad. El artículo 139, inciso 1, establece que la función jurisdiccional es única con excepción al fuero militar y la sede arbitral. Con base en este artículo puede afirmarse que estos dos últimos fueros también tienen la capacidad de ejercer el control difuso. Esto no significa que sean completamente independientes. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido parámetros orientados a delimitar la capacidad de las jurisdicciones militar y arbitral para ejercer el control difuso. El desarrollo jurisprudencial también ha determinado la capacidad y el deber de la jurisdicción indígena de aplicar el control difuso (Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios Reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-1, Poder Judicial).

Cabe, pues, concluir que la Constitución ha establecido un sistema de control constitucional mixto: por un lado, el control abstracto ejercido por el Tribunal Constitucional, y, por otro, el control difuso ejercido por los distintos órganos a los que la Constitución reconoce esa facultad explícita e implícitamente.

El Estado peruano ha ratificado diversos tratados internacionales sobre los derechos humanos, y acepta y propone el uso del control de convencionalidad con el fin de armonizar el Derecho supranacional y el Derecho interno. La justificación de la aplicación del control de convencionalidad se encuentra en el artículo 55 de la Constitución («Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional») y en la Cuarta Disposición final y transitoria, que dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». El control de convencionalidad ha tenido un papel importante en el desarrollo jurisprudencial, ya que ha permitido la

aplicación de derechos fundamentales que no se encuentran reconocidos explícitamente en nuestra carta magna.

En relación con el control de tratados, la Constitución establece un régimen diferenciado para la aprobación y ratificación de los tratados en función de su objeto. El artículo 56 exige que los tratados que versen sobre derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado, defensa nacional u obligaciones financieras del Estado, deben ser aprobados por el Congreso antes de ser ratificados por el presidente de la República. Los tratados que no tengan por objeto las cuestiones arriba indicadas no necesitan ser aprobados previamente por el Congreso. En estos casos, el presidente tiene la potestad de celebrarlos o rectificarlos debiendo únicamente dar cuenta al Congreso, de acuerdo con el artículo 57 de la Constitución. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional puede ejercer el control constitucional *a posteriori* de los tratados internacionales.

Antes de la creación del Tribunal Constitucional, existió el Tribunal de Garantías Constitucionales, instaurado por la Constitución de 1979. El órgano estaba compuesto por 9 miembros electos por el Congreso, el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia. Es necesario notar que, durante el régimen de Fujimori, el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó hasta que fue clausurado por el propio Fujimori en el autogolpe del 5 de abril de 1992.

El Tribunal Constitucional fue instituido por la Constitución de 1993 y reemplazó al Tribunal de Garantías Constitucionales, que, como se ha dicho, había sido clausurado un año antes. Si bien, la apertura del Tribunal Constitucional pudo en principio ser percibida como un indicio positivo para la aplicación de la justicia constitucional en la década de 1990, lo cierto es que se produjo claro proceso de politización de la justicia en el emblemático caso de la Ley de Interpretación auténtica (Ley N° 26657), que permitía a Fujimori postularse por tercera vez consecutiva como presidente. Pese a las presiones políticas ejercidas por el Legislativo, el Tribunal Constitucional emitió sentencia el 16 de enero de 1997 declarando la Ley inconstitucional. La consecuencia directa de esta decisión no

se hizo esperar: en mayo de 1997 los tres magistrados que votaron a favor de la inconstitucionalidad fueron destituidos de sus puestos.

Desde sus orígenes, el Tribunal Constitucional se ha visto expuesto a los intentos de diversas fuerzas políticas de controlarlo a través de los órganos estatales. Como ya se ha dicho, la disolución del Congreso se produjo, en parte, a raíz de la controversia generada por el proceso de elección de magistrados. Este antecedente ha motivado que el proceso de elección de magistrados haya sido objeto de un debate que ha dado lugar a la reciente aprobación de Ley de 3 de julio, norma que modifica el proceso de elección e introduce los criterios de transparencia y meritocracia en el mismo (Ley N° 3103).

Si bien puede constatararse que se han introducido mejoras en el proceso de elección de magistrados, es cuestionable que el proceso siga dependiendo exclusivamente del Congreso. En un sistema político como el peruano, en el que no son inusuales el choque de fuerzas políticas y el abuso de poder ejercido a través de los órganos estatales, el hecho de encomendar la elección al Congreso propicia la posibilidad de que se produzca un desbalance en la división de poderes estatales, y que prevalezca la voluntad de un Congreso controlado por una mayoría política que en ocasiones no ha mostrado interés alguno en respetar el Estado Constitucional de Derecho. Sigue, por tanto, pendiente la cuestión de si es prudente mantener la previsión el texto constitucional vigente o si, por el contrario, es necesario recuperar el proceso de elección establecido en la Constitución de 1979 o diseñar un nuevo mecanismo.

Por otro lado, el Perú es uno de los pocos países que ejerce un control represivo sobre los tratados internacionales. Este punto ha sido cuestionado con anterioridad, ya que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un tratado contraviene los principios y deberes establecidos en la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados. Si se permite que se declare inconstitucional un tratado una vez ratificado, nos encontramos frente a una vulneración del precepto que obliga al Estado peruano a observar los principios de seguridad jurídica y responsabilidad frente a los demás Estados. Un ejemplo de este supuesto tuvo lugar en

2009, cuando el Tribunal Constitucional admitió a trámite una demanda de inconstitucionalidad contra el recientemente firmado tratado de libre comercio entre Perú y Chile, bajo el argumento de que el texto vulneraba la soberanía e imponía definiciones dañinas para el Estado peruano. Si bien esta demanda fue finalmente declarada inconstitucional, vale la pena preguntarse críticamente sobre el impacto en las relaciones internacionales entre Perú, Chile y otros Estados a futuro que hubiera tenido la declaración de inconstitucionalidad del tratado. Esta crítica no trata de sugerir que los tratados internacionales no deben de ser revisados por la justicia constitucional, sino más bien enfatizar los beneficios del establecimiento de un control previo en lugar de un control represivo en estos casos.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

En primer lugar, se reconoce el principio/derecho a la dignidad, al libre desarrollo (art. 2.1 CP). Este principio/derecho informa la ejecutoria del Estado, irradia hacia todo el ordenamiento jurídico y es la piedra angular de la tutela de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se protege la igualdad (art. 2, inc. 2). En el ordenamiento peruano se reconoce la igualdad como isonomía real. De ello, la tutela de los derechos fundamentales no parte de una visión unitaria de la persona, sino que toma en consideración las condiciones especiales y la situación de cada sujeto. En tercer lugar, se reconoce la interdicción de la arbitrariedad (200, in fine, 45 y 113), que se materializa a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que, a su vez, regulan las situaciones de conflicto y ejercicio de derechos fundamentales. En cuarto lugar, se reconoce el principio de solidaridad (art. 43), que establece que en las relaciones entre los miembros de la comunidad debe existir un nexo ético y común cuyo reconocimiento comporta la asunción de que la sociedad es consustancial a la existencia humana. Finalmente, cabe destacar los principios de orden procesal. El art. 139, inc. 3, reconoce los principios de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso. Su relación con los derechos fundamentales es

de orden material, ya que sin ellos el ejercicio de los derechos fundamentales se vería truncado.

La Constitución peruana de 1993 consagra en su Capítulo I los derechos y libertades clásicas, también denominados derechos civiles. Entre ellos se encuentran la vida, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de religión, las libertades informativas, el acceso a la información pública, la autodeterminación informativa, el honor, la intimidad, la libertad de creación intelectual, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la libertad de tránsito, el derecho de reunión, la libertad de asociación, la libertad contractual, la propiedad, la identidad, la nacionalidad, la libertad y la seguridad personal. Por otro lado, el Capítulo II está dedicado a los derechos sociales y económicos. Entre ellos se reconocen los derechos al agua, a la salud, a la seguridad social, a la educación y al trabajo. Cabe destacar que la jurisprudencia ha expandido el reconocimiento de estos derechos y que uno de los más recientes ha sido el derecho al agua.

Finalmente, en el Capítulo III se reconocen los derechos y deberes políticos: los derechos de participación ciudadana, la elección, el sufragio, la creación de partidos políticos y el deber de defender la Constitución. Si bien los derechos colectivos de las comunidades indígenas no están reconocidos explícitamente en el texto constitucional, su tutela y reconocimiento se han vehiculado a través de los instrumentos internacionales y la interpretación de determinados artículos sobre su autonomía y especial condición (art. 2, inc. 19, 84 y 149). Los derechos de esta índole más destacables serían los relativos a la consulta previa, la propiedad comunal, la identidad cultural, la propia lengua y la jurisdicción comunal. Sin perjuicio de ello, el artículo 3 dispone que la enumeración de los derechos establecidos en el Capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza y los de naturaleza análoga. Este precepto constitucional establece, por tanto un *numerus apertus* y abre la posibilidad de que se reconozcan más derechos. La Cuarta Disposición transitoria y final de la Constitución señala que las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración

Internacional de Derechos Humanos y otros tratados sobre las mismas materias ratificados por Perú.

El artículo 4 de la Constitución reconoce regímenes de protección especial a los niños, adolescentes, madres, personas incapacitadas de velar por sí mismas y ancianos en situación de abandono. En relación con el tratamiento de los niños y discapacitados, cabe destacar que el Perú ha suscrito tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asimismo, se protege especialmente a los consumidores y usuarios (art. 65) por su especial situación de desventaja en el mercado. En el mismo sentido, el artículo 23 reconoce la situación de los trabajadores y obliga al Estado a velar por su dignidad. Por otro lado, existe reconocimiento especial de los pueblos indígenas –andinos y amazónicos– relativo a sus territorios, su personería jurídica y sus lenguas; asimismo, se reconoce una potestad jurisdiccional exclusiva basada en su Derecho consuetudinario con el auxilio de las rondas campesinas (art. 149).

En la Constitución de 1993 se eliminó la cláusula relativa a la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, pero, como hemos señalado, esta fue regulada en la Cuarta Disposición final y transitoria, que dispone: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». En general, las cláusulas constitucionales referidas a la incorporación de los tratados internacionales se ubican en el Capítulo II del Título II («Los tratados», arts. 55 a 57). De igual manera, el art. 44 se establece que es deber del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos». El Tribunal Constitucional, a través de la jurisprudencia, ha establecido la vinculatoriedad y jerarquía de los tratados que versan sobre derechos humanos, criterio hermenéutico que comporta que, una vez que el Estado ratifique tratados que versan sobre derechos humanos, estos pasan a formar parte del Derecho nacional, y por tanto son vinculantes tanto para el propio

Estado como para los particulares. En el caso *Martín Rivas*²², el Tribunal Constitucional determinó que toda la Constitución debe ser interpretada con respeto a los derechos humanos y que los tratados forman parte del proceso de delimitación del ámbito constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

La Constitución estipula los mecanismos de protección constitucional en el Título V (dedicado a las Garantías Constitucionales) específicamente en los arts. 200 y 202:

Hábeas Corpus: este proceso está previsto para el supuesto de actos u omisiones del Estado o los particulares que vulneran o amenazan la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. Según el Tribunal Constitucional el proceso de Hábeas Corpus debe estar informado por los criterios de brevedad y eficacia²³. Esto es debido a la importancia de la protección del derecho a la libertad individual, un derecho de carácter relacional cuya vulneración supone otras restricciones de derechos fundamentales.

Acción de Hábeas Data: esta acción procede ante actos u omisiones del Estado o los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales de acceso a la información pública –al que nuestro sistema solo brinda una protección de grado restringido– y el derecho a la autodeterminación informativa. El hábeas data procede asimismo cuando se amenaza o vulnera el derecho a la intimidad personal, únicamente si esta se ve afectada por servicios informáticos y computarizados públicos o privados.

Acción de Amparo: procede contra actos u omisiones del Estado o los particulares que vulneren o amenacen los demás derechos reconocidos por la Constitución (excluyendo los que se encuentran estipulados en el hábeas corpus y el hábeas data). No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento legal.

Acción de Inconstitucionalidad: proceden contra normas que tengan rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados,

.....
22 Exp. N° 679-2005-PA/TC.

23 Exp. N° 679-2005-PA/TC.

reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales) y que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Conflicto de competencia: procede cuando un órgano constitucional omite llevar a cabo una actuación, desconociendo las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional.

Acción de cumplimiento: procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades legales.

Acción Popular: procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad que lo emana, cuando infringen la Constitución y la ley.

La Constitución optó por un reconocimiento amplio de principios dogmáticos. Este diseño constitucional ha funcionado correctamente, circunstancia que puede comprobarse mediante el análisis de la tutela de supuestos no reconocidos explícitamente en la Constitución a través de la interpretación del principio de dignidad humana. Dos supuestos que sirven para ejemplificar este tipo de protección son el caso de la identidad registral de las personas que se sometieron a una operación de cambio de sexo y el de principios laborales como el de continuidad. En el caso *Karen Mañuca*²⁴ se tutelaron los derechos de una persona que accedió a una operación de cambio de sexo. Si bien en aquel momento la legislación reconocía el derecho a la identidad, no reconocía supuestos de tutela como el que reclamaba Karen Mañuca. A través de la interpretación de la dignidad humana como principio rector del Estado, el Tribunal Constitucional pudo resolver la controversia en favor de sus derechos. De manera similar, si bien la constitución reconoce el derecho al trabajo, las garantías que de este derecho emanan no eran plenamente reconocidas. En este supuesto, se interpretaron principios como el de continuidad laboral a través de la dignidad de los trabajadores²⁵. Ambos casos confirman que el

.....
24 Exp. N° 2273-2005-PHC/TC.

25 STC 1874-2002-AA/TC.

reconocimiento de principios como garantías judicialmente vinculantes fue efectivo en el caso peruano.

Por otro lado, las categorías de derechos que recoge la constitución fueron objeto de un intenso debate. El principal conflicto fue el de las características especiales que conllevaba la tutela de la categoría de derechos sociales. Como se mostró en la parte descriptiva del análisis, la Constitución peruana separa en distintos capítulos los derechos políticos, las libertades clásicas y los derechos económicos y sociales. Esta división en el texto constitucional llevó a interpretaciones erróneas sobre la tutela de los derechos sociales. En diversos casos se afirmó que, al necesitar de gasto público para su satisfacción, más que verdaderos derechos fundamentales los derechos sociales son disposiciones programáticas que informan la actuación del Estado²⁶. Como es obvio, esta interpretación es errónea, en la medida en que, si bien necesitan mayor injerencia estatal para su ejercicio, los derechos sociales siguen siendo fundamentales para el desarrollo de la persona. Este error interpretativo comportó que, en ocasiones, el Estado se mostrara pasivo o indiferente en la tutela de estos derechos.

La protección y el ejercicio efectivo de los derechos sociales también lleva aparejado el reconocimiento de obligaciones especiales del Estado y los particulares. Así, cabe hacer referencia a las obligaciones de respeto (el deber del Estado de no obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes objeto del derecho); protección (el deber de impedir que terceros interfieran en el acceso a estos bienes); promoción (el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien); aseguramiento (el deber de garantizar que el titular del derecho acceda al bien cuando pueda hacerlo por sí mismo); y reparación (el deber de reparar la lesión de los derechos sociales).

En relación con estas obligaciones, también parecería necesario añadir la proscripción de la inacción prolongada. Cómo se ha dicho, existían interpretaciones erróneas de la tutela de los derechos sociales. Estas interpretaciones se basaron principalmente en la Undécima Disposición

.....

26 Exp. N.º 02945-2003-AA/TC.

final y transitoria de la Constitución, que establece que las disposiciones constitucionales que requieran de mayores gastos públicos deben ser implementadas progresivamente. Tomando esta disposición en consideración, el Tribunal Constitucional declaró que, si bien la implementación y tutela puede ser progresiva, esto no justifica inacción prolongada por parte del Estado. Por ello, en concordancia con el principio de progresividad de los derechos fundamentales, el Estado tiene la obligación de aumentar progresivamente la tutela de los derechos sociales y, en aquellos supuestos en los que esta tutela no se haya producido en plazos razonables, el sujeto podrá exigirla en sede judicial.

Finalmente, cabe analizar el tratamiento de los grupos en situación de desventaja. Sin pretensión de exhaustividad, un ejemplo de la tutela de grupos en situación de desventaja es el Exp. N° 00853-2015-PA/TC. En este caso, dos mujeres (mayores de 18 años) de una zona rural en la provincia de Amazonas pedían ser registradas como alumnas de primer año de secundaria en una escuela pública de su provincia. Su inscripción en la institución educativa fue negada debido a su edad. El problema radicaba en que la institución de educación para adultos más cercana a su domicilio se encontraba a tres horas y media de camino. En este contexto, presentaron la demanda alegando la vulneración de sus derechos a la educación y a la igualdad. Ambas mujeres vivían en una zona rural en donde el acceso a centros educativos es limitado. Asimismo, se encontraban en situación de pobreza. Tomando en consideración estas circunstancias, el TC falló a favor de que ellas fueran matriculadas en la institución y declaró estado de cosas inconstitucional en cuanto al acceso a la educación de niños, adolescentes y adultos mayores en el ámbito rural peruano. Como se puede ver en esta sentencia, el tratamiento de los grupos vulnerables se da a través de gestión pública, pero existen supuestos en donde la pertenencia a un grupo en situación de desventaja también amerita tutela judicial especial.

El reconocimiento de los grupos en situación de desventaja se ha dado de forma paulatina y a través de luchas sociales. En la actualidad, muchos grupos en situación de desventaja aún pretenden la tutela de sus

derechos. Entre los grupos más destacados, cabe mencionar a las minorías sexuales y a las mujeres.

En cuanto a las minorías sexuales, hay que subrayar que han recibido tutela en sede judicial, pero sería necesario un reconocimiento constitucional expreso de sus derechos, toda vez que el ejercicio de algunos de ellos, como la identidad, libertad personal e igualdad muchas veces se ven limitados. El debate más importante sobre de las minorías sexuales en sede judicial se centró el reconocimiento registral. Muchas personas que se habían sometido a cirugías de cambio de sexo recurrían a la jurisdicción para la cambiar su género y prenombrés en la partida de nacimiento y el documento nacional de identidad, pero veían sus pedidos denegados en sede judicial ordinaria. El TC reconoció por primera vez a este grupo y la tutela de sus derechos. El desarrollo de esta materia se produjo en una triada de casos²⁷; hubo avances y retrocesos, pero en la actualidad una persona puede cambiar su nombre y su género a través de un proceso sumario.

En ese mismo sentido, la protección de la mujer ha encontrado acogida en la legislación y jurisprudencia peruanas. En el ámbito legislativo se han producido avances como la penalización de delitos contra la mujer por su condición o las acciones afirmativas como las cuotas mínimas en algunos puestos de la Administración pública. En cuanto a la jurisprudencia, cabe destacar el reciente expediente 03378-2019-Aa, que desarrolla, entre otros extremos, las medidas de protección para las víctimas de violencia de género. Si bien se han dado pasos adelante en la legislación y la jurisprudencia sobre las minorías sexuales y los derechos de las mujeres, su protección es aún insuficiente. Por ello, sería pertinente el reconocimiento expreso de estos grupos en el texto constitucional.

.....

■ URUGUAY

Martín Risso Ferrand

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

Siguiendo una práctica que se remonta a la independencia del país, la Constitución uruguaya no define el modelo de Estado, por lo que el intérprete deberá inferirlo de su articulado. De todas formas, nunca ha sido problemático determinar el modelo.

La Carta vigente establece de forma clara un Estado de Derecho y proclama, en este sentido, la sujeción de gobernantes y gobernados al Derecho. Esta configuración jurídico-política se manifiesta en una serie de principios como los de constitucionalidad, legalidad, irretroactividad, publicidad y transparencia, jerarquía normativa, descentralización, responsabilidad, etc. El sistema cuenta con herramientas jurídicas adecuadas para asegurar el cumplimiento de estos principios y, en general, y dentro del entorno continental, se aprecia un alto grado de apego a la Constitución.

Sin perjuicio de esto, se detectan algunas dificultades a la hora de exigir responsabilidad a los gobernantes y funcionarios. Si bien los únicos sujetos para los que está previsto un régimen de irresponsabilidades e inmunidades son los legisladores y, parcialmente, el presidente y los ministros, han sido pocos los casos de gobernantes y funcionarios responsabilizados penalmente, la jurisprudencia no reconoce, en general, la responsabilidad civil del Estado con facilidad y muchos son los casos que quedan sin reparar o que se resuelven con indemnizaciones reducidas. Aquí se ingresa en una problemática a la que no se puede dar respuesta.

Los pocos casos de responsabilidades penales, ¿derivan de un apegado cumplimiento normativo o de dificultades a la hora de hacer valer las responsabilidades? No puede saberse y seguramente la respuesta está a medio camino entre ambos extremos.

La Constitución fue elaborada y sometida a referéndum (plebiscito en la terminología constitucional) en el año 1966 y se enmarca en dos grandes nociones o paradigmas: el Estado social de Derecho y la unidad e integración latinoamericana.

El Estado social se aprecia, fundamentalmente, en el énfasis en los derechos de segunda generación (que se habían constitucionalizado en 1934) y en el carácter intervencionista del Estado. El Estado suministra bienes y servicios a veces directamente vinculados con los derechos de segunda generación (educación, salud, jubilaciones, vivienda, atención a la minoridad) y a veces en actividades más generales, pero netamente intervencionistas, como es el caso de la intermediación financiera a cargo de bancos públicos, el suministro de energía eléctrica, las telecomunicaciones, los combustibles, etc. La actuación directa del Estado en la actividad económica tiene lugar a veces bajo la forma de monopolios y en otros casos mediante la competencia con particulares. Un elevado número de servicios públicos son prestados directamente por el Estado o bajo la forma de concesión y con un fuerte control sobre la actividad privada. Asimismo, existía un robusto dirigismo en la política económica y en el comercio exterior.

En lo que respecta a la «vocación americanista», muy romántica y típica de aquellos tiempos, podemos encontrarla en previsiones concretas como el artículo 6 de la Constitución, que establece como objetivo primordial del Estado el logro de la integración social y económica de los Estados latinoamericanos. Esta previsión se enmarcaba en un fuerte proteccionismo, que podría referirse a la integración interestatal mencionada o de forma individual (artículo 50), así como en un intenso dirigismo en materia económica.

La comprensión de la Constitución no puede completarse sin una referencia a las convicciones políticas y sociales de la época. El período

1966-1973 (previo a la dictadura militar de 1973-1984) fue especialmente turbulento: estaba activa una guerrilla urbana, se produjeron grandes conflictos sindicales y estudiantiles, la crisis económica era grave y la inestabilidad política profunda (era casi imposible lograr mayorías legislativas). En esta coyuntura, la gran mayoría del espectro político y la sociedad en general creía en la variante más evolucionada del Estado intervencionista, el Estado de bienestar (es decir, el buen Estado que iba a solucionar prácticamente todos los problemas) y confiaba ciegamente en las empresas públicas. En este último aspecto, el razonamiento solía ser muy primitivo: desconfiamos del empresario privado (en especial si es extranjero) que busca su propio lucro y confiamos en el Estado que nos quiere proteger a todos.

Uno de los fenómenos más interesantes de los últimos tiempos atañe al Estado de Derecho. Si aceptamos la existencia de tres etapas o períodos dentro de este Estado: el Estado liberal, el Estado social y una nueva modulación que se manifiesta con mucha fuerza especialmente en Europa y al que provisoriamente llamaré Estado constitucional de Derecho, la evolución uruguaya es muy interesante.

Sin modificación constitucional alguna, aunque mediante la aprobación de varias leyes y, fundamentalmente, el cambio a veces consciente y a veces inconsciente en las convicciones de los partidos políticos y de la población, tuvo lugar, o al menos se inició, un cambio en el modelo. Así, se fue dejando de lado la tensión entre derechos de primera y segunda generación y comenzó a reivindicarse la noción integral de todos los derechos humanos; empezó a valorarse el rol de la Constitución como el centro del Derecho (aunque este viraje se produjo de forma muy incipiente en el Poder Judicial), las empresas públicas han empezado a ser percibidas con mayor pragmatismo (se detectan sus problemas y defectos y muchos monopolios cayeron) y se ha reducido la desconfianza en el sector privado o, al menos, se acepta que es imprescindible para el desarrollo nacional. Esto no implica un cambio profundo, dado que se sigue confiando en el Estado y se sigue hablando de Estado social, aunque parece claro que los cambios han comenzado. Volveré sobre esto al analizar el modelo económico.

En un país de menos de 300.000 kilómetros cuadrados y unos 3.500.000 habitantes, la organización territorial se estructura sobre la base de un Estado unitario, aunque con una marcada descentralización territorial en Departamentos. Estos son gobernados por un intendente (que viene a ser el ejecutivo departamental) y una junta departamental. También se previó una descentralización dentro de los departamentos a nivel local o municipal, pero esta no se materializó, a pesar de que la reforma constitucional de 1997 trató de fomentarla. Asimismo, la mayoría de los gobiernos departamentales son muy débiles económicamente y, por tanto, muy dependientes del Estado central.

Posiblemente lo más interesante del modelo uruguayo en análisis sea su cambio sin reforma constitucional. El modelo de 1967 era, sin duda, el de un Estado social, fuertemente intervencionista, dirigista y controlador de la actividad privada. Esta fue la inequívoca intención de los redactores y en estos términos fue ratificada la Carta en el plebiscito de 1966. Pero se ve con claridad que la Constitución no es solamente el *librito* cuyo contenido, por otra parte, es ignorado por la mayoría de la población, sino que tan o más importante que el texto constitucional es su interpretación (que, necesariamente, va evolucionando en lo que puede llamarse «interpretación evolutiva» o no originista, Constitución viviente o mutación constitucional).

Esta referencia no es más que un reflejo de la distinción entre disposición (texto positivo) y norma (disposición interpretada) –la primera es fija y única, mientras que la norma no suele ser única y va cambiando con el paso del tiempo– o de la imprescindible relación entre la Constitución y la realidad. Desde las reflexiones de Lasalle¹, pasando por los análisis de Hermann Heller sobre la Constitución como realidad social (con la Constitución «total» y la distinción entre Constitución normada y no normada)², hasta, entre otros, Hesse y sus teorizaciones sobre la relación

.....
1

LASALLE, F. (2005): ¿Qué es la Constitución?, y ¿Ahora qué?, ambas conferencias publicadas en Monografías Jurídicas, núm. 79, Bogotá: Temis.

2 HELLER, H. (1955): *Teoría del Estado*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 267 y ss.

entre Constitución y efectividad (realidad histórica, nivel de desarrollo espiritual y social, político y económico, etc.)³, la cuestión ha estado presente en la dogmática constitucional.

No se puede prescindir de la realidad y solo podremos hablar de la constitución cuando tomemos en consideración todos sus componentes básicos –texto (disposiciones), normas (disposiciones interpretadas)–, cuando reparemos en que la constitución recepciona reglas y principios y, especialmente, cuando completemos el análisis con una reflexión sobre realidad. No se puede evaluar si es necesaria una reforma constitucional con la mira puesta únicamente en el texto vigente y prescindiendo de la realidad y no puede entenderse siquiera lo que es la Carta si no se completa el análisis del texto con la indagación sobre la realidad y si no se percibe cabalmente cómo es entendida y vivida la constitución. No es posible proyectar una reforma constitucional sin conocer la evolución de la sociedad, sin saber cómo la sociedad ha percibido la Constitución y sin tratar de prever cómo funcionarán las reformas que se proponen (la traslación de soluciones constitucionales de culturas diversas no siempre es buena).

Muchas veces se obtienen cambios más rápidos en virtud de inflexiones interpretativas cuya orientación puede preverse que mediante una reforma total que habrá de ser interpretada casi desde un punto cero.

Como se ha señalado arriba –abundaremos en ello en los apartados siguientes–, el modelo de Estado ha experimentado cambios interesantes mediante una interpretación evolutiva, aunque sin reforma constitucional formal.

La organización territorial es la vertiente en la que se aprecian las mayores carencias y dificultades. Así, de los tres niveles competenciales (nacional, departamental y local), el primero es sin duda el dominante por la importancia de sus atribuciones y por su potencial económico. Esto provoca que el nivel departamental, excepción hecha del Departamento de Montevideo, en que reside la mitad de la población del país, sea en general dependiente

.....
3 HESSE, C., (2001): «Constitución y Derecho Constitucional», en Id. *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, pp. 5 y ss.

económicamente del Gobierno nacional. El tercer nivel, el local, es el gran ausente: no se le reconocen ni competencias propias relevantes ni recursos. Es la deuda más importante que tiene el Gobierno con la Constitución.

Por último, lo que he llamado «vocación latinoamericana», como punto de partida político básico ha pasado a ser un objetivo que se mantiene en la medida de lo posible y sin perjuicio de la apertura al mundo. Los problemas que presenta el Mercosur han generado una suerte de desilusión en estos aspectos y parecería que el pragmatismo menos ideologizado gana terreno. De una visión del Mercosur muy ideologizada en tiempos de Kirchner y Fernández en Argentina, Lula en Brasil, Chávez en Venezuela, Vázquez y Mujica en Uruguay, se ha pasado a una visión más realista que lo reconoce como instrumento valioso dentro de ciertas condiciones y que no excluye la apertura a otros mercados.

Además, en lo que refiere a la nacionalidad y ciudadanía, cabe consignar que en razón no existir en el país manifestaciones culturales indígenas, se consagra una nacionalidad única íntimamente vinculada con la ciudadanía. La condición de nacional se adquiere por haber nacido dentro del territorio nacional o por ser hijo o nieto de un ciudadano nacido dentro del territorio. Los derechos propios de la ciudadanía se adquieren por el hecho de nacer en el territorio (lo que obliga a incorporar una disposición que suspende el ejercicio de la ciudadanía hasta la edad de 18 años) o para los hijos o nietos de un sujeto nacido en el territorio, se requiere que se avecinen en la República y se inscriban en el Registro Cívico.

2. Modelo económico

La Constitución no define expresamente un modelo económico, por lo que este debe inferirse de su texto. Corresponde desde ya adelantar que, pese a esa falta de definición, la Carta establece pautas, fines y márgenes de actuación razonablemente claros a partir de los cuales ha ido evolucionando la interpretación constitucional.

En materia de derechos, corresponde hacer referencia, en primer lugar, al derecho de propiedad, que evolucionó desde su formulación

liberal de 1830 hasta la visión moderna, constitucionalizada en 1934. El actual artículo 32 presenta una redacción sin duda peculiar, ya que en primer término caracteriza el derecho de propiedad como un derecho «inviolable», si bien luego agrega: «[...] pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieren por razones de interés general», segmento que sin duda desvirtúa la afirmación de su inviolabilidad. Cassinelli ha destacado que esta peculiar redacción implica una fórmula transaccional entre la concepción decimonónica del derecho y su conceptualización contemporánea⁴. Este derecho puede ser, por tanto, objeto de limitaciones establecidas por leyes que respondan a razones de interés general; por supuesto, el texto constitucional prevé el instituto de la expropiación, que requiere previa y justa indemnización (artículo 32), salvo cuando se dispongan en el marco de un programa de desarrollo económico, en cuyo caso el 75 % de la indemnización puede diferirse hasta por diez años (artículo 231).

Pero, además, la propia Constitución establece disposiciones y criterios que implican una limitación o una garantía del derecho de propiedad. Por ejemplo, a) el artículo 34, que dispone que toda la riqueza artística o histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye el tesoro cultural de la nación, que estará bajo la salvaguardia del Estado y que la ley establecerá lo que estime oportuno para su defensa; b) el artículo 35, que agrega que, por orden de un juez civil, un sujeto puede verse obligado a prestar auxilios, sean de la clase que fueren, para los ejércitos, y a franquear su casa para alojamiento de militares, recibiendo de la República la indemnización del perjuicio que en tales casos se le infiera; c) el artículo 48. d) asegura el derecho sucesorio protegiendo la línea recta descendente, o sea, limitando el poder del causante; además se protegen ciertos bienes del patrimonio de la familia (artículo 49), entre otras previsiones.

El artículo 53, inciso 2, prevé que todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales

.....
4 CASSINELLI MUÑOZ, H. (1986): *Derecho Público*. vol. I, Montevideo: FCU, p. 79.

o corporales de forma que redunde en beneficio de la colectividad; este precepto que se vincula con el 36, que reconoce la libertad de los habitantes de dedicarse a cualquier actividad económica, industrial, comercial, profesional, laboral, etc. Esta libertad está sujeta a los típicos límites en materia de derechos humanos, esto es, solo por ley formal podrá establecerse una limitación a su ejercicio, y, como requisito material, se requiere que la limitación legal esté fundada en razones de interés general. Así, tanto la actividad individual en el ejercicio de esta libertad como la de las empresas que se constituyan en mérito a ella están sujetas a una serie de limitaciones legales relativas a su funcionamiento, a las formalidades exigidas para el ejercicio de su actividad, etc.

Pero no solo la ley dictada por razones de interés general podrá limitar esta libertad, sino que la propia Constitución establece diversas disposiciones que, o bien la limitan en forma directa, o bien dan la pauta de cuáles son los criterios constitucionales para dicha limitación. En este sentido, deben señalarse: a) el artículo 50 de la Constitución, que en su inciso 1 prevé que el Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación, y agrega que la ley promoverá las inversiones destinadas a este fin y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público; b) el artículo 50, que en su inciso 2 agrega que toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el control del Estado; c) el nuevo inciso del artículo 51, añadido en 1997, que establece la obligación del Estado de impulsar políticas de descentralización para promover el desarrollo y el bienestar general; d) el artículo 85, numeral 9, que requiere la aprobación de una ley para habilitar puertos, establecer aduanas y derechos de exportación e importación, así como para declarar de interés nacional zonas turísticas, que serán atendidas por el respectivo ministerio; e) por ley pueden concederse monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara si son en favor de particulares. f) la habilitación de un banco requiere de una autorización expresa del Poder Ejecutivo.

Existen múltiples disposiciones constitucionales protectoras del trabajo en régimen de dependencia o subordinación que limitan el derecho de propiedad y la libertad de empresa: el artículo 54 dispone que la ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal y la higiene física y moral. El precepto también establece que el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado. En similares términos, el art. 55 prevé que la ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo y que toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, estará obligada a proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados en las condiciones que la ley establecerá.

El artículo 67 establece un sistema de jubilaciones, seguros por desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades laborales que impone obligaciones a los patrones y el deber de realizar aportes económicos.

Sin pretender agotar el tema, debe señalarse que el derecho al uso y disfrute de un medio ambiente adecuado –que, obviamente, lleva implícita la protección de dicho bien jurídico– aparece a veces como límite y a veces como condicionamiento de la forma de ejercicio de la libertad reconocida en el artículo 36 y del propio derecho de propiedad.

El Estado participa en actividades económicas a veces de forma directa y otras a través de concesiones de los servicios públicos o bien como contralor y regulador de la actividad privada.

En la actuación directa, se recurre, en general, a la figura de los entes autónomos o servicios descentralizados que, a veces, actúan en régimen de monopolio y a veces compiten con los particulares. Por ejemplo, en materia de combustibles, energía eléctrica, telecomunicaciones, seguros, actividad bancaria propiamente dicha, etc.

Si acudimos a la vieja clasificación de los cometidos estatales, nuestra Constitución acoge sus distintos tipos. Primero, las actividades esenciales que solo pueden ser realizadas por el Estado (seguridad interior y exterior, relaciones diplomáticas, emisión y control de la moneda, etc.). En segundo lugar, los servicios públicos, definidos por ley, que

pueden ser prestados directamente por el Estado o por concesionarios con controles estatales fuertes (la excepción es la prestación de servicios vinculados al agua y saneamiento, que no puede ser objeto de concesiones). En tercer lugar, los servicios sociales, que pueden ser prestados indistintamente por el Estado o por particulares, aunque se reserva un papel importante al Estado (por ejemplo, en la educación y la salud, sectores en los que, además de los servicios privados existentes, el Estado asume funciones definidas que debe ejercer directamente). También el Estado participa en la actividad privada a través de las ya mencionadas empresas públicas. Por último, el Estado tiene un importante rol como regulador y controlador, en el marco de la ley, de distintos aspectos de la actividad privada.

También se han usado instrumentos constitucionales viejos, aunque en general no utilizados, que permitieron la asociación de capitales privados y estatales, esto es, la creación empresas mixtas, que ha seguido distintos caminos: desde las asociaciones que prevé el artículo 188 de la Constitución hasta la participación del Estado en empresas privadas. El resultado práctico ha sido, en general, negativo.

Partiendo de una Constitución de finales de los sesenta claramente enmarcada dentro de un Estado social de Derecho, proteccionista, dirigista e intervencionista, que aunaba ideas de izquierda, del catolicismo social y del viejo liberalismo, el Estado se movió en un marco contradictorio. Tomando las expresiones de De Vergottini⁵ sobre la Italia posterior a la II Guerra, se detectan ciertas contradicciones o tensiones: por un lado, la planificación, los importantes poderes de contralor de un Estado intervencionista sobre la actividad privada y ciertas reticencias respecto a la propiedad privada (que debe responder a un fin o una función social) y la iniciativa privada (y la correlativa desconfianza hacia el empresario), y, por otro lado, la extensa regulación y protección de los derechos de primera generación (en contraste con el más atenuado reconocimiento de los sociales).

.....
5 DE VERGOTTINI, G. (2012): «La Constitución económica italiana: pasado y actualidad», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, pp. 339-354.

A finales del siglo XX, y aunque a veces no se expresaba de forma explícita, empezó a percibirse el fracaso de la programación global, que fue sustituida por la «economía mixta». Esta segunda modalidad también fue un fracaso, especialmente durante el Gobierno de José Mujica (2010-2014), en el que se perdieron millones de dólares en proyectos faraónicos.

En la actualidad parece que la Constitución está siendo leída desde una renovada perspectiva en el sentido que revaloriza la libre competencia y el libre mercado. Ahora bien, como observa De Vergottini, esta inflexión no constituye un retorno al Estado liberal. Los objetivos son, más bien, la existencia real de una libre y justa concurrencia, la protección de la competencia, de los consumidores, etc. Se busca la consolidación de un libre mercado en el que la libre competencia funcione correctamente y se eliminen los factores que la distorsionan. En suma, se trata de rescatar lo bueno de la libre competencia y de combatir las prácticas nocivas.

Es claro que en Europa ha aparecido un nuevo dirigismo orientado a la regulación del mercado y que el Estado ha asumido el rol de regulador. Pero no se trata de una regulación cualquiera, sino de una reglamentación conforme al mercado. De Vergottini señala dos diferencias básicas entre este nuevo Estado y el Estado social precedente: a) por un lado, la intervención estatal está orientada a tutelar y promover la competencia, en lugar de reducir el número de operadores mediante la existencia de monopolios o de otras formas de intervención y b) por otro lado, las autoridades reguladoras tienden a ser autoridades independientes y no unidades burocráticas insertadas y dirigidas por el gobierno. Es decir, cambia el papel del Estado, pero también cambia la regulación, que debe propiciar el buen funcionamiento del mercado y no obstaculizarlo o combatirlo. No se desconfía del mercado, sino que se busca su buen funcionamiento.

En Uruguay estos cambios se han ido materializando sin necesidad de aprobar una reforma constitucional, pero sí a través de la aprobación de leyes protectoras de la competencia y de los usuarios y consumidores, y mediante el cambio de los paradigmas políticos, aunque a veces no se acepten o no se declare que se aceptan. Esto es curioso. Uruguay encajaría en este esquema: se confía más en el mercado, se legisla para proteger al

consumidor y para tutelar e incentivar la libre competencia dentro de la libertad de mercado, los viejos monopolios van cayendo sistemáticamente, las visiones románticas de las empresas públicas tienden a desaparecer, pero no se reconoce abiertamente que se está abandonando el Estado social. Muchas veces ni siquiera somos conscientes del cambio y, en muchos casos, convivimos con opiniones y discursos políticos todavía apegados a los principios del Estado social. Nos encontramos inmersos en un cambio profundo, y ello, paradójicamente, dificulta su visualización. Al mismo tiempo, se han creado y se están fortaleciendo nuevas agencias reguladoras (por ejemplo, en materia de energía y servicios de comunicación) que se suman a las anteriores (como el Banco Central y las regulaciones en el área de la salud), cuyo cometido es garantizar el buen funcionamiento de un mercado competitivo en los diversos sectores de actividad y la protección del consumidor respecto a la calidad del servicio, la seguridad y los precios.

El cambio que se está procesando no siempre se comprende en el mismo sentido. Se respetan los valores y límites, se modifica el estilo del intervencionismo estatal mediante el ajuste de los medios a emplear. Es decir, los objetivos no han variado, pero sí los medios. De ninguna forma esto implica volver al Estado liberal ni nada similar: lo que se persigue es el logro de las principales finalidades constitucionales de forma más efectiva.

La principal virtud de la Constitución uruguaya es que su falta de precisión del modelo, pero su clara definición de los objetivos a alcanzar y de los derechos a proteger, ha permitido una interesante evolución por la vía interpretativa.

3. Modelo político y sistema de gobierno

Tras la promulgación de una Constitución de tipo claramente presidencial en 1830 y de otra en 1918 que presentaba tantas atipicidades que algunos autores la compararon con el sistema convencional suizo, a partir de 1934 se inició un proceso orientado a la parlamentarización del sistema.

La Constitución vigente establece un Poder Legislativo bicameral compuesto por una Cámara de Senadores y una Cámara de Representantes. La primera está formada por treinta miembros (más el vicepresidente

de la República, que la integra y preside salvo cuando sea llamado a sustituir al presidente de la República) electos en una sola circunscripción electoral nacional mediante el sistema de representación proporcional. La Cámara de Representantes se integra por noventa y nueve miembros que son electos a través de un sistema mixto en que se toman en consideración los votos obtenidos por cada partido político en todo el país y también en cada departamento.

Se prevén tres niveles territoriales de autoridades dentro de un Estado unitario: nacional, departamental y local. Si bien a nivel departamental existe un órgano, la Junta Departamental, que puede dictar actos reglas a los que la Constitución llama “decretos con fuerza de ley en su jurisdicción”, no son actos legislativos en sentido estricto y, por ejemplo, no pueden limitar derechos humanos.

El presidente de la República y el vicepresidente son elegidos directamente por el cuerpo electoral en las elecciones legislativas. Si ningún candidato alcanza la mayoría absoluta de votos válidos, se realiza una segunda vuelta en la que solo participan los dos candidatos más votados en la primera.

Tanto en el caso de los legisladores como en el del presidente, el período de gobierno es de cinco años.

El presidente de la República tiene competencias que realiza por sí mismo y son las típicas de un jefe de Estado, entre ellas la designación de los ministros entre personas que por tener apoyo parlamentario aseguren su permanencia en el cargo, la observación del voto de censura a uno o varios ministros, la eventual disolución de las Cámaras (solamente dentro del proceso de censura y convocando a elecciones el octavo domingo siguiente), la representación del Estado en el exterior e interior, etc.

Si bien en los últimos tiempos se han generado algunas dudas y nuevas posiciones, las funciones de gobierno propiamente dicha nunca pueden ser ejercidas individualmente por el presidente, sino que están confiadas al Poder Ejecutivo, cuyas formas de actuación son dos: a) el presidente en acuerdo con uno, varios o todos los ministros, una forma de funcionamiento que no cuenta con votaciones, sino que se requiere el

«acuerdo» entre los participantes (si no hay acuerdo, no habrá voluntad válida del Ejecutivo), o b) el presidente actuando en Consejo de Ministros (en este caso, las decisiones se toman por decisión mayoritaria e incluso el presidente puede perder en la votación).

Este proceder mixto del presidente, que actúa como jefe de Estado (irresponsable políticamente frente al Legislativo) y como miembro necesario del Poder Ejecutivo, se aparta de la forma parlamentaria y también de la presidencial. En cierta forma puede verse algún parecido de nuestro sistema con el modelo francés, aunque el uruguayo es anterior, dado que nació en 1934.

Los ministros y no el presidente, pueden ser censurados por la Asamblea General (reunión de las dos Cámaras) en un proceso típico del parlamentarismo racionalizado, con plazos mínimos y máximos y mayorías precisas. La censura impone al ministro o los ministros censurados la obligación de renunciar a su cargo, aunque si la censura se aprobó por menos de dos tercios de los componentes de la Asamblea el presidente podrá observar el voto de censura, manteniendo al ministro y, en caso de que la Asamblea insista con la censura, el presidente puede disolver las cámaras y convocar a elecciones parlamentarias.

En general, la doctrina constitucionalista⁶ ha entendido que el nuestro es un sistema es de tipo parlamentario, si bien la ciencia política –destacando la irresponsabilidad política del presidente y su rol central en el funcionamiento del Ejecutivo– ha considerado mayoritariamente que es de tipo presidencial.

Para comprender el sistema son insuficientes tanto el mero análisis del texto constitucional como la mirada exclusivamente politológica. En efecto, el marco constitucional puede funcionar de varias formas según los momentos históricos, las mayorías legislativas, la madurez de los actores políticos, las afinidades políticas, etc. Veámoslo.

.....
 6 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1997): *La Constitución Nacional*, vol. II, Montevideo: Cámara de Senadores, pp. 453 y ss.; KORZENIAK, J. (2001): *Primer Curso de Derecho Público. Derecho Constitucional*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 407 y ss.

Cuando el país restableció la democracia y el imperio de la Constitución en el primer gobierno del Dr. Julio María Sanguinetti (1985-1990), aunque el partido de Gobierno que no tenía mayorías legislativas concedió algunos ministerios a la oposición, no pudo formar una coalición de Gobierno. En el marco del régimen constitucional, el funcionamiento del modelo fue el de un sistema parlamentario minoritario en que el Gobierno carecía de mayorías parlamentarias, por lo que se exponía siempre a una censura de sus ministros y cada iniciativa legislativa debía ser negociada con la oposición. En estos sistemas, en general trabados, la figura del presidente de la República es muy notoria, de ahí que sea posible identificar alguna similitud con el sistema presidencial. No obstante, su poder no es muy robusto, dado que carece de mayorías seguras para gobernar. En realidad, tanto el sistema presidencial como el parlamentario funcionan igual si no disponen de mayorías legislativas. La única diferencia es que en el segundo siempre existirá el riesgo de la censura y en el primero no.

El segundo gobierno postdictadura, del Dr. Luis Alberto Lacalle Herrera (1990-1995), funcionó en líneas generales como el anterior. Hubo una mayor aproximación entre los dos partidos mayoritarios, pero no llegaron a formar un gobierno de coalición con mayorías parlamentarias.

El segundo gobierno del Dr. Sanguinetti (1995-2000) implicó un cambio importante, pues se conformó una suerte de coalición entre los dos partidos mayoritarios, aunque no se la llamaba así. Este arreglo permitió agilizar las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo y supuso la desaparición del riesgo de censura ministerial. La visibilidad del presidente descendió, en la medida en que las decisiones eran el producto de acuerdos extrapartidarios, pero el gobierno ganó en efectividad.

En el Gobierno del Dr. Jorge Batlle (2000-2005) se produjo un retorno a la modalidad del gobierno de Lacalle. De todas formas, un hecho no jurídico motivó que el presidente tuviera mucha visibilidad: la crisis económica que se vivió a mediados de este período de gobierno.

Los tres Gobiernos siguientes, Tabaré Vázquez (2005-2010), José Mujica (2010-2015) y, nuevamente, Tabaré Vázquez (2015-2020)

presentaron la particularidad que el partido de gobierno obtuvo la mayoría legislativa en las dos Cámaras, por lo que funcionó como un gobierno de partido con mayorías legislativas propias. De todas formas, entre los tres períodos hubo diferencias en la disciplina interna del partido de gobierno que obligaría a reconocer algunas diferencias de matiz.

Por último, en el período de gobierno que comenzó el 1 de marzo de 2020, el presidente Luis Lacalle Pou gobierna con una coalición en la que existe un partido mayoritario, el del presidente, que cuenta con algo más de la mitad de la representación legislativa de la coalición, dos partidos con caudal muy parecido y dos partidos menores. Es la primera coalición formal desde 1985, y aún no hay elementos de juicio para evaluarla.

Para completar el análisis de este apartado, debe señalarse que, además de la posibilidad de la ya citada censura ministerial, existen otros dispositivos de control como la presentación de los ministros ante la Asamblea, el llamado a sala, el pedido de datos e informes, las comisiones investigadoras y el juicio político. Como contrapartida, el Poder Ejecutivo dispone de un veto a los proyectos de ley que solo puede ser levantado por elevadas mayorías legislativas, lo que confiere al Ejecutivo una posición excesivamente fuerte frente al Legislativo.

Algunas preguntas finales

¿Es cierto que el presidente es el actor central y que dirige el gobierno en un esquema presidencial? La respuesta es negativa. En un gobierno de partido con mayorías parlamentarias, el presidente deberá designar a los ministros asegurando ciertos equilibrios partidarios internos y, especialmente, si se trata de un gobierno de coalición el presidente, deberá ser muy cuidadoso en la toma de decisiones en «acuerdo» con los ministros. No es cierto que, si un ministro se opone a una medida del presidente, este pueda sustituirlo libremente y nombrar a otro más dócil, pues una decisión de este tipo puede hacer caer la coalición de gobierno. El presidente no puede ser censurado, tiene una legitimación democrática muy sólida, pero no tiene el estatus del jefe de gobierno presidencial, pues siempre se expone a crisis

constantes en que sus ministros sean censurados paralizando su gobierno. Tampoco hay que irse a la conclusión contraria. Aunque el presidente no puede actuar como podría hacerlo el jefe de gobierno presidencial, sí es el actor central del gobierno.

¿Podría ser mejorado el sistema? Creo que los sistemas de gobierno pueden encararse desde el punto de vista técnico o académico y cada uno concluirá cuál es el sistema de su preferencia, pero las cosas cambian cuando la pregunta es la siguiente: ¿cuál es el mejor sistema para un Estado en particular en un momento histórico determinado? Aquí los principales puntos del análisis son la historia, la tradición y el modo en que los partidos políticos han vivido la Constitución. En Uruguay, el actual sistema ha funcionado razonablemente bien. Tres partidos políticos han gobernado desde 1985 hasta hoy, algunos con mayorías parlamentarias, otros en el marco de un sistema parlamentario minoritario (por definición, inestable), otro lo hizo mediante algo parecido a una coalición y ahora con una coalición formal. Todos comprenden el sistema, lo manejan con comodidad y no ha habido mayores problemas. Tomando esto en consideración, la modificación del sistema uruguayo sería un error.

El sistema es conocido, claro, testeado y estable. Son los partidos políticos y los políticos a título individual quienes lo harán funcionar bien, mal o más o menos. No debe confundirse la Constitución con la política. Si existen partidos y políticos inmaduros, radicales, incapaces de lograr acuerdos o a los que solo les importe su futuro personal o el de su partido, esto no hay Constitución que lo arregle.

4. Democracia y participación

La Constitución de 1830 estableció un sistema democrático representativo sin prever ningún instituto de gobierno directo o de participación ciudadana distintos a los actos electorales propiamente dichos.

Esto comenzó a cambiar a partir de 1912 y hoy tenemos los siguientes institutos de democracia directa:

La iniciativa popular, que puede ser constitucional (artículo 331), en materia legislativa (artículo 79 inciso 2), en materia de Gobierno

Departamental (artículo 304 inciso 2) y en asuntos de jurisdicción local (artículo 305).

El plebiscito de ratificación constitucional (artículo 331). En términos técnicos, se trata de un referéndum constitutivo, aunque la Constitución lo denomina plebiscito. El referéndum constitutivo puede ser independiente de los demás institutos de gobierno directo o estar vinculado a otro. En materia constitucional, en el plebiscito frente a una iniciativa popular, coexisten dos institutos de gobierno directo (iniciativa y plebiscito), pero si falta texto expreso debe considerarse que son independientes entre sí.

En cuanto al recurso de referéndum, este puede ser contra las leyes (artículo 79 inciso 2) o contra los decretos de las juntas departamentales (artículo 304).

También está el caso especial del artículo 303, pero no vale la pena que me detenga en esto⁷.

Los institutos de gobierno directo son excepcionales y solo son posibles dentro de los parámetros en que la Constitución los habilita, lo que no impide que, por ejemplo, por ley se añadan consultas no vinculantes u orientativas (referendos consultivos).

.....

7 Este artículo 303 dispone que los decretos de la Junta Departamental y las resoluciones del Intendente Municipal contrarios a la Constitución y a las leyes, no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, serán apelables para ante la Cámara de Representantes dentro de los quince días de su promulgación, por un tercio del total de miembros de la Junta Departamental o por mil ciudadanos inscriptos en el Departamento. En este último caso, y cuando el decreto apelado tenga por objeto el aumento de las rentas departamentales, la apelación no tendrá efecto suspensivo.

Si transcurridos sesenta días después de recibidos los antecedentes por la Cámara de Representantes, ésta no resolviera la apelación, el recurso se tendrá por no interpuesto.

La Cámara de Representantes dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se dé cuenta de la apelación, podrá solicitar por una sola vez, antecedentes complementarios, quedando, en este caso, interrumpido el término hasta que éstos sean recibidos.

El receso de la Cámara de Representantes interrumpe los plazos fijados precedentemente.

En nuestra Constitución, cada instituto tiene un contenido muy claro y preciso y, salvo la utilización de la expresión plebiscito para el referéndum constitucional, coincide con los mecanismos existentes en el Derecho comparado. Veámoslo.

- El referéndum puede ser constitutivo o, si se prefiere, el paso final para el perfeccionamiento de un acto jurídico (es el caso del llamado plebiscito de ratificación constitucional) o un recurso contra un acto existente (es el caso del referéndum contra las leyes del artículo 79 inciso 2 o contra los decretos de las juntas departamentales del artículo 304 inciso 2).
- La iniciativa popular es el primer paso de un procedimiento para la expedición de un acto jurídico. En el caso de las leyes nacionales, el impulso corresponde a los legisladores, al Poder Ejecutivo o a la iniciativa popular (sin perjuicio de que existe algún otro caso especial). La iniciativa popular nacional tiene el mismo efecto que la iniciativa de un legislador, esto es, confiere estado parlamentario a la iniciativa que se transforma en proyecto y con ella se cumple, por tanto, la primera etapa del procedimiento legislativo. A nivel departamental y local, la cuestión es la misma y el único efecto de la iniciativa es que inicia el proceso de aprobación del acto, que luego seguirá según las normas generales. El receptor de la iniciativa popular no está obligado a aprobarla, sino solo a considerarla como cualquier otro proyecto presentado conforme a Derecho.

Es cierto que, en materia constitucional, la iniciativa popular terminará en un plebiscito, pero esto no es consecuencia de la iniciativa, sino del hecho de que la Constitución vincula a este instituto de gobierno directo con otro, el plebiscito (referéndum de ratificación).

Algunos autores como Korzeniak distinguen la iniciativa de la petición y sostienen que en la primera hay obligación de pronunciarse a

cargo del receptor y que, de lo contrario, se produce un pronunciamiento popular⁸. No comparto esta posición.

En general, la doctrina ha entendido que, como cualquier otra, la iniciativa se agota con su presentación, que es solo la primera parte del proceso de elaboración de un acto y que luego seguirá su trámite común.

Sostener lo contrario conduciría a que un cuerpo electoral, nacional, departamental o local, tendrían competencia para «crear» actos jurídicos (leyes, decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, u otros), pero esto no está previsto en la Constitución. Por el contrario, la Carta establece que las leyes las aprueba el Legislativo y las promulga el Ejecutivo, y que los decretos con fuerza de ley en su jurisdicción los aprueba la Junta Departamental y promulga el intendente. Una excepción a la distribución constitucional de competencia para expedir estos actos requeriría texto expreso que no existe en el caso en estudio.

Posiblemente, el artículo 79 de la ley 9.515, de 1935, haya contribuido a crear alguna confusión, pero dicha disposición está hoy derogada.

Tampoco de la regulación del referéndum, que por definición es resuelto por el pueblo, puede confundirse la iniciativa. Adviértase incluso que, a nivel nacional, el artículo 79 inciso 2 de la Constitución impone un plazo de un año dentro del cual puede interponerse el recurso de referéndum. Si la iniciativa popular también terminara en una consulta popular, no tendría sentido el plazo del referéndum, dado que los interesados podrían interponer un recurso de referéndum dentro del año y luego una iniciativa con similar contenido. Sería una conclusión interpretativa absurda.

Es muy claro que, salvo en materia constitucional en que expresamente se asocia la iniciativa con otro instituto de gobierno directo, la iniciativa popular se agota en sí misma y no conduce a ningún pronunciamiento popular.

La valoración de estos institutos es sin duda positiva, aunque deban realizarse algunas puntualizaciones.

.....

8 KORZENIAK, J. (2006): *Primer curso de Derecho Público*, Montevideo: FCU, pp. 403 y ss.

El simple hecho de que estos institutos sean posibles desalienta la celebración de acuerdos políticos de espaldas al cuerpo electoral. En los años noventa hubo un acuerdo entre todos los partidos políticos uruguayos para introducir varias reformas constitucionales. Se le llamó la «maxi reforma» justamente por su alcance. Había, sin duda, muchas modificaciones que podrían ser discutibles, pero algunas no eran percibidas por los electores como buenas u oportunas. El procedimiento elegido fue el de las leyes constitucionales (que requiere aprobación del texto al menos por dos tercios de componentes de cada cámara y luego se somete a plebiscito). En este caso, el proyecto de ley constitucional fue aprobado por unanimidad en el Senado y la Cámara de Representantes, se sometió a plebiscito y fue rechazado por amplio margen. Sin duda, las causas principales de rechazo fueron dos: los contenidos eran impopulares y la reforma afectaba a tantas cuestiones que imposibilitaba que los electores realmente la conocieran y valoraran. Algo parecido había ocurrido en 1980, cuando la dictadura militar plebiscitó un texto completo de Constitución recurriendo a una propaganda exclusivamente a favor del proyecto, que fue rechazado.

El instituto de gobierno directo es, por tanto, una señal de alerta para las autoridades pues, en los hechos, si la iniciativa no es compartida y explicada adecuadamente, tiene la posibilidad de fracasar.

Asimismo, en temas sensibles parece lógico, democráticamente hablando, que el pueblo puede reclamar y tener la palabra final.

En la práctica, estos institutos han funcionado razonablemente y sin abusos. No se ha recurrido a la democracia directa de forma constante, sino solo en casos especiales y que realmente importaban a las mayorías.

Estas modalidades también presentan algunos riesgos. El primero es que algunos de estos institutos no están al alcance de cualquier grupo. La recogida de firmas para movilizar algunos de estos institutos es una tarea pesada y solo algún partido político o la central sindical están en condiciones reales de realizarla. Esta circunstancia puede generar un problema con el principio de igualdad, pues otras agrupaciones quedan fuera de estas posibilidades.

En segundo lugar, la complejidad del tema o la extensión del acto o proyecto de acto también influyen en su valoración. Una cosa es someter a consulta popular un tema concreto y otra es plantear una consulta sobre temas extraordinariamente complejos o muy extensos. Cuando se plebiscita un texto constitucional de 200 o 300 artículos: ¿cuántos votantes lo leen completo y lo comprenden adecuadamente? En estos casos, los votos se definen por lealtades políticas o ideológicas, solución que no parece la más adecuada.

Entiendo que debería haber algún límite constitucional. Por ejemplo, no más de una consulta popular por año, o alguna pauta sobre la extensión o sobre el plazo de reflexión para la ciudadanía, etc.

5. Justicia constitucional

En Uruguay no ha habido ni hay un tribunal constitucional ni otro órgano similar. Muy pocas han sido las voces, siempre aisladas y ajenas a los partidos políticos, que, más que proponerlo, se han preguntado en voz alta si no sería conveniente su instalación.

Hasta 1934 el sistema funcionaba sobre los ejes del modelo estadounidense y las escasas sentencias que se pronunciaron sobre la inconstitucionalidad de leyes en particular lo hicieron siguiendo esos razonamientos, incluso con citas directas de *Marbury vs. Madison*. Como dato curioso, en el siglo XX y hasta la reforma constitucional de 1934, no se han localizado sentencias que se hayan pronunciado sobre la adecuación a la Constitución de una ley.

En la reforma de 1934 se estableció la competencia concentrada de la Suprema Corte de Justicia (órgano máximo del Poder Judicial) para pronunciarse en única instancia sobre la inconstitucionalidad de las leyes (y de los decretos con fuerza de ley en la jurisdicción de los gobiernos departamentales) cuya declaración se le solicite en un proceso en trámite, sea por la vía de excepción (por una de las partes) o de oficio (por el tribunal actuante). Recién en 1952 se agregó la posibilidad de que se demande la declaración de inconstitucionalidad de forma directa ante la Suprema

Corte, sin necesidad de juicio previo o que el petitorio estuviera vinculado a un proceso en particular.

Los efectos de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad son los mismos que los de cualquier sentencia y solo resulta aplicable en el proceso en que fue dictada. En ningún caso el pronunciamiento tiene efectos generales.

O sea, el sistema de control de constitucionalidad de las leyes está concentrado en la Suprema Corte de Justicia, pero su pronunciamiento solo tiene efecto para el caso concreto.

Un tema que históricamente ha generado dificultades es justamente el de las consecuencias de este sistema concentrado en el órgano máximo del Poder Judicial y con efectos particulares.

La primera cuestión atañe a lo que sucede con los otros actos jurídicos distintos a la ley. Siempre se ha aceptado que, frente a un caso o situación de cualquier tipo, el juez es competente para determinar cuál es el Derecho aplicable, para interpretarlo y, si encuentra discordancias dentro del orden jurídico, resolverlas utilizando los principios de temporalidad, jerarquía y competencia o la directriz de preferencia de normas si se trata de derechos humanos. Este razonamiento fue el que, siguiendo a Marshall, permitió que antes de 1934 se inaplicaran leyes inconstitucionales por cualquier juez.

Con este punto de partida, se advierte que el sistema concentrado que nuestra Constitución establece en su artículo 256 es una excepción al principio general de aplicación integral del ordenamiento jurídico y que, como toda excepción, es de interpretación estricta. Esto significa que todo lo que no caiga dentro de la excepción se regirá por los principios generales.

Entonces, si un juez encuentra que en un caso resulta aplicable la Constitución y cualquier acto jurídico distinto a una ley o decreto de los Gobiernos Departamentales, y existiendo oposición entre ellos, regirán los principios generales y el juez resolverá la contradicción aplicando la disposición que a su juicio corresponda.

Un segundo problema estriba en que parte de la doctrina ha entendido que este sistema concentrado obliga a cualquier operador jurídico a aplicar la ley inconstitucional postergando la Constitución hasta tanto la Corte declare la inconstitucionalidad. Esta visión, en su momento ampliamente mayoritaria, está hoy en entredicho, y se acepta que toda autoridad y todo sujeto, a la hora de hacer o no hacer algo, actúa conforme a interpretaciones personales del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, pensemos en una ley que limite inconstitucionalmente la libertad de prensa, pero un medio o un periodista, interpretando el orden en su conjunto y advirtiendo dicha inconstitucionalidad, podrá optar por aplicar la Constitución y postergar la ley ilegítima. Claro que, como siempre pasa, esa interpretación particular puede ser cuestionada y, si se llega al Poder Judicial, la palabra final la tendrá la Corte, que podrá coincidir con la interpretación del medio de prensa o no. Es el riesgo habitual que todos corremos con la interpretación personal, que luego, al llegar al Poder Judicial, podrá ser compartida o descartada.

En otras palabras, las normas constitucionales de excepción implican que un juez no puede dejar de aplicar una ley por considerarla inconstitucional, sino que, en este caso, deberá recurrir a la vía de oficio para solicitar la declaración de inconstitucionalidad a la Corte y luego actuar conforme a la sentencia de este órgano. Pero fuera de este caso regirán los principios habituales, con el riesgo siempre presente de que, al final, la interpretación no sea compartida en sede judicial. De todas formas, hay otras excepciones; por ejemplo, el Poder Ejecutivo no puede dejar de aplicar una ley por considerarla inconstitucional si no hay previa sentencia de la Corte. Esto es lógico, pues de lo contrario el Ejecutivo podría obviar el cumplimiento de las leyes afectando a la totalidad del sistema jurídico.

El régimen de inconstitucionalidad ha funcionado en forma al menos conservadora. No ha sido fácil que la Corte declare la inconstitucionalidad de las leyes, sino que ha recurrido frecuentemente a la noción de autorrestricción, ha sido deferente con la decisión política y ha sostenido que debe evitarse el «gobierno de los jueces», una noción mítica muy negativa. No es necesario decir que este temor suele comportar el problema

contrario, que es la falta de contralor sobre la regularidad constitucional de las leyes o que solo funcione en casos extremos. Esta es una de las razones por las que algunos postulan la necesidad de crear un tribunal constitucional, pero no hay evidencia de que las cosas cambiarían en tal caso.

En cuanto a las garantías de los derechos humanos, siguiendo la práctica habitual en el continente, la principal herramienta es la acción de amparo, sin perjuicio de otras garantías específicas tales como el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo sindical, el amparo en materia de niños y adolescentes, etc.

La acción de amparo, que procura una protección rápida, sencilla y eficaz frente a una lesión actual o inminente de un derecho humano, tiene como fundamento la normativa internacional: a) el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, b) el artículo 2 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, c) el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y d) el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En segundo lugar, tiene su fundamento constitucional en los artículos 7º, 72¹⁰ y 332 de nuestra Constitución, que consagran la voluntad del constituyente de garantizar la protección tanto del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta como del goce de todos los derechos humanos reconocidos por instrumentos internacionales y aquellos implícitos en sus textos. Esta postura armoniza con la noción del bloque de constitucionalidad¹¹. El amparo de fuente constitucional

.....
 9 CASSINELLI MUÑOZ, H. (s. f.): «Acción de amparo», *Revista de la Oficina Nacional del Servicio Civil*, pp., 24 y ss.

10 REAL, A. R. (1963): «La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo», *Revista De la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, vol.14, núm.1.

11 RISSO FERRAND, M. (2011): ¿Qué es La Constitución?, Montevideo: UCUDAL; y NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2015): «El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia», *Revista de Estudios Constitucionales*, 13, núm. 2, pp. 301-50. Disponible en: <<https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000200011>>.

no necesita la aprobación de una ley reglamentaria que regule su proceso, por tratarse de una garantía de los derechos fundamentales reconocida por los arriba citados artículos 7 y 72 de la Carta y por la aplicación directa de los derechos y garantías constitucionales, tal y como lo dispone el artículo 332. Es más, los primeros amparos fueron desarrollados por la jurisprudencia, aplicando directamente la Constitución y sin necesidad de ley reglamentaria.

Por último, la Ley N° 16.011, aprobada en diciembre de 1988, regula la acción de amparo y prevé una serie de exigencias subjetivas y objetivas que deben cumplirse para la viabilidad del accionamiento. Si bien la ley dispuso algunas dudas en los operadores jurídicos, también implicó restricciones del uso de la garantía.

Esta acción se sustancia en primera instancia y solo admite recurso de apelación ante los tribunales de apelaciones, por lo que nunca llega a la Suprema Corte de Justicia. Durante décadas funcionó satisfactoriamente, con las dificultades que suelen enfrentar los jueces de primera instancia al aplicar directamente la Constitución. En 2017, en el marco de una investigación de jurisprudencia contra el Estado, se advirtió que la acción de amparo está herida de gravedad y que, salvo en el caso de amparos médicos (en los que, en general, se reclaman medicamentos muy onerosos), los amparos se han reducido a la mínima expresión y que, en general, son rechazados por los jueces. Los números y los fundamentos de los rechazos son escandalosos¹². Nuevamente, se aprecia la importancia de revisar la realidad y, en este caso, se advierte que normas constitucionales e internacionales claras y precisas son totalmente distorsionadas por los operadores jurídicos. Tan es así que se ha presentado un anteproyecto para destrabar la situación y volver a la normalidad.

.....
 12 RISSO, M., A. RODRÍGUEZ, P. GARAT, S. RAINALDI, L. TECHERA, V. AZEVES, O. BALARINI, N. CARRIQUIRY, A. CASTAINGDEBAT, F. DURÁN, M. GUERRA, M. KAZAREZ, A. LORES, E. PINTOS, A. RAMOS, T. RODRIGUEZ, L. SEGÚÍ y L. TEIXEIRA (2017): «Jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado. Avance de investigación», *Revista de Derecho*, núm. 16, pp. 197/232.

Un análisis simplista y precipitado podría conducir a evaluar negativamente el sistema constitucional uruguayo y reclamar modificaciones urgentes. No creo que esto sea prudente ni justo.

Entre el texto constitucional y el resultado final, ineludiblemente, están los operadores jurídicos, especialmente los jueces. No hay forma de aplicar directamente la Constitución sin pasar por los operadores. Así, hay que distinguir las eventuales fallas del ordenamiento jurídico y los problemas de los operadores. La acción de amparo nos muestra esto: durante décadas funcionó razonablemente bien, pero hoy, con las mismas normas, ha desaparecido con las excepciones mencionadas en el trabajo antes citado.

No creo que, salvo en casos extremos, por la vía de reformas del ordenamiento positivo se logren soluciones reales en la práctica. Las cuestiones son más profundas y quizás las modificaciones en el ordenamiento solo posterguen los verdaderos problemas que enfrenta el sistema.

Asimismo, no deben perderse de vista los procesos interpretativos. Si reparamos en la actividad de la Suprema Corte en materia de inconstitucionalidad, advertiremos una evolución favorable en estos temas, sin perjuicio de los inevitables vaivenes que siempre se producen. Algunos ejemplos:

En 2009 la Suprema Corte de Justicia¹³ adhirió a la noción del bloque de constitucionalidad (llamado «bloque de los derechos humanos» en la sentencia) y a la aplicación conjunta de la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos, aceptó que entre distintas regulaciones en materia de derechos y garantías hay que optar por la que les brinda mayor alcance, más amplitud, mejor protección y, sin aceptar la noción de «cosa interpretada», aceptó la importancia de la jurisprudencia internacional y la necesidad de recurrir a ella. Claro que luego ha habido vaivenes.

Desde 2010, reformuló su concepto del principio y el derecho a la igualdad recurriendo a los criterios más modernos.

.....
13 Sentencia 365/2009. Disponible en: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/>>.

En 2016 comenzó a utilizar sistemáticamente y con precisión el principio de proporcionalidad, dejando atrás un uso confuso del principio de razonabilidad¹⁴.

En síntesis, a diferencia de lo que está ocurriendo en materia de amparos, la evolución en la Corte es favorable.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

Desde 1934, las constituciones dedican a los derechos fundamentales la Sección II, sin perjuicio de la libertad de creencias religiosas y cultos y la disposición referida a la directa operatividad de dichos derechos que se encuentran en otras secciones.

No hay una enunciación expresa de principios constitucionales, circunstancia que en general se considera positiva, dado que algunos son fáciles de encontrar y aceptar y que la inexistencia de lista cerradas siempre permite su ampliación. Así, resultan incuestionables los principios de protección de los derechos humanos, legalidad, libertad, igualdad, especialidad, jerarquía normativa, publicidad y transparencia, no taxatividad en la enunciación constitucional, aplicación directa, etc.

La Sección II está compuesta por tres capítulos. En el primero, en general, aparecen los derechos de primera generación o civiles o políticos, mientras que en el segundo, desde 1934, aparecen los derechos de segunda generación o económicos, sociales y culturales. Si bien los derechos ambientales se consideraban implícitos, están expresamente consagrados desde 1997. Asimismo, los derechos de la seguridad social han sufrido modificaciones en las últimas décadas y se ha añadido el derecho al agua y al saneamiento.

.....
 14 Sentencia 79/2016 y las siguientes relativas a la ley 19.307. Sentencia 138/2018, 576/2017. Más recientes: sentencia 1608, de 26 de noviembre de 2018; 1563, de 19 de noviembre de 2018 (refirió al recto, razonable y proporcional accionar legislativo). Disponibles en: <<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/>>.

La dignidad de la persona no es mencionada por el texto constitucional, pero siempre se ha aceptado que constituye el fundamento central de los derechos humanos.

La Constitución uruguaya no establece ninguna diferencia entre los derechos. Todos ellos tienen el mismo grado de operatividad y reciben los mismos niveles de protección. Las dificultades no se han dado en la protección de los derechos de segunda o ulterior generación, sino en los casos en que no puede resolverse con las sentencias tradicionales. Solo tenemos dos casos claros de sentencias estructurales para niños en situación de calle y hacinamiento carcelario. La primera es la sentencia N° 103/007, dictada por la Jueza Letrada de Familia de 25 Turno, respecto a la situación de los niños en situación de calle, en la que se advierte un contenido completo, con órdenes complejas y con órdenes simples, y con un claro objetivo de terminar con todos los casos de niños viviendo en las calles. Esta sentencia, recaída en un proceso de amparo, no fue apelada por el Estado¹⁵ y fue totalmente cumplida. La segunda es la sentencia 41 de 8 de junio de 2009, de la Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Primer Turno¹⁶, referida a hacinamiento carcelario.

La regulación constitucional tiene un amplísimo desarrollo legislativo. Existen normas legales relativas a la protección de la niñez y de la adolescencia, los discapacitados, los trabajadores, los grupos minoritarios como los compuestos por identidades u orientaciones sexuales minoritarias, afrodescendientes, etc. La pregunta es si esta amplia legislación es suficiente, si el balance puede ser cuestionable o si directamente pueden individualizarse algunas carencias. Lo que no parece necesario es que se incluyan modificaciones en la Constitución, ya que los derechos constitucionales son suficientes.

Una peculiaridad muy interesante del caso uruguayo es que no hay ninguna disposición que prevea la incorporación de los tratados referidos a derechos humanos ni a la costumbre internacional. No solo no hay

.....
15 Sentencia disponible en www.elderechodigital.com.uy.

16 Disponible en www.elderechodigital.com.uy.

referencias a la jerarquía, sino tampoco a la forma de incorporación. Lo único que existen son previsiones constitucionales genéricas para todos los tratados.

Más que a una previsión constitucional, la particularidad del caso uruguayo se debe a la forma en que ha sido interpretado el texto constitucional. Así, en la Constitución de 1918 se incluyó el artículo 173 (actualmente artículo 72), que dispone:

«La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno».

Esta disposición encuentra sus antecedentes en la Enmienda IX de la Constitución de EE. UU.:

«The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people».

Y en el artículo 33 de la Constitución argentina, que dispuso que:

«Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno».

En la actualidad, prácticamente todas las Constituciones latinoamericanas contienen disposiciones que, con algunas variantes de texto, son similares o están en sintonía con el artículo 72. Pero lo interesante es la evolución interpretativa de este artículo.

En sus orígenes, el artículo 72 tuvo poca incidencia en la realidad. Aparentemente, fue una de tantas disposiciones bien escritas, pero sin ninguna consecuencia práctica. Fue ya en los años cuarenta, con la obra de Justino Jiménez de Aréchaga, cuando la disposición adquirió interés básicamente académico.

Recién en los cincuenta, cuando Alberto Ramón Real¹⁷ (y luego José Korzeniak¹⁸ en los sesenta) confeccionó una lista de cuáles serían los derechos con rango constitucional por la vía del artículo 72, esta disposición adquirió su sentido claro. Es interesante destacar que, salvo en lo relativo al derecho de resistencia a la opresión, estas listas de derechos fueron aceptadas como válidas por la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, a finales del siglo XX el artículo 72 fue objeto de una «reinterpretación» importante. En efecto, ante el impacto del Derecho internacional de los derechos humanos, con el aporte fundamental del Derecho comparado latinoamericano (en especial, las disposiciones constitucionales que otorgaban rango constitucional o supra constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos) y de la doctrina extranjera más prestigiosa, el artículo 72 uruguayo fue reinterpretado, en el sentido que dicha disposición constituía la puerta de ingreso, con rango constitucional, de todos los derechos contenidos en el Derecho internacional de los derechos humanos¹⁹. Se procedía así a una suerte de constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos con base en textos provenientes de 1918 cuyos autores en ningún momento sugirieron esta posibilidad²⁰. Asimismo, se llegaba a la solución constitucional recogida

.....

17 REAL, A. R. (2005): «Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya», en *Los principios generales de Derecho en el derecho uruguayo y comparado*, Montevideo: FCU, pp. 35-83.

18 KORZENIAK, J. (1987): *Derecho Constitucional 2*, Montevideo: FCU, Montevideo, pp. 87 y ss.

19 El razonamiento era sencillo: a) el artículo 72 dice que, aunque no estén enumerados a texto expreso, tienen rango constitucional los derechos inherentes a la personalidad humana, b) el DIDH reconoce derechos humanos que resultan inherentes a la persona humana, a su dignidad, etc., c) la consecuencia es que presumimos que todos estos derechos son inherentes a la persona humana y por ende comprendidos en el artículo 72.

20 CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (1996): «Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya», en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: FCU, pp. 155-179; y RISSO FERRAND, M. (1999): «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución Uruguaya», en *Derechos Humanos*, Montevideo: Amalio Fernández, pp. 61-71.

en la mayoría de las constituciones de América Latina, pero sin modificar la Constitución uruguaya.

Se advierte, entonces, cómo juega en la interpretación constitucional el Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho comparado y el entorno cultural, que va avanzando con nuevas concepciones y promueve un incuestionable crecimiento constitucional. Hoy la Constitución es mucho más que los 332 artículos y disposiciones especiales y transitorias que componen su texto: para empezar, agreguemos los derechos y garantías comprendidos en el Derecho internacional de los derechos humanos.

Pero la cuestión no quedó con la «constitucionalización» sino que, en 2005 se postuló por primera vez la compatibilidad de la Constitución con la noción de bloque de constitucionalidad de los derechos humanos o simplemente bloque de los derechos humanos²¹.

La Suprema Corte de Justicia, en sentencia de 19 de octubre de 2009²², por primera vez se ha referido a la noción del «bloque de los derechos humanos», en lo que constituye una auspiciosa novedad para nuestro país, y una prueba del modo a través del cual la jurisprudencia confirma un desarrollo extraordinario de una disposición constitucional²³. Como suele pasar con la evolución jurisprudencial, en los últimos años se ha advertido alguna vacilación, aunque esperemos que sean las dudas normales y no el inicio de un retroceso.

Por supuesto, este proceso evolutivo no ha terminado.

En definitiva, el artículo 72 de la Constitución, con poco más de un siglo de existencia, ha permitido que el texto constitucional vaya acompañándose a los cambios y, en especial, al Derecho internacional de los derechos humanos.

.....
 21 RISSO FERRAND, M. (2015): *Derecho Constitucional. Tomo I (Reimpresión)*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 114 y ss.; y RISSO FERRAND, M. (2011): *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: FCU, pp. 43 y ss.

22 Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/>

23 RISSO FERRAND, M., *Derecho Constitucional ... op. cit.*, pp. 114 y ss.

En los últimos años han surgido opiniones que proponen una regulación clara de la relación entre la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos. No comparto este criterio. Si el artículo 72 nos ha permitido evolucionar por más de un siglo (y nunca involucionar), soy partidario de mantener la solución arriba descrita y no ingresar en formas rígidas que impidan futuros desarrollos en la protección de los derechos humanos.

La garantía jurisdiccional de los derechos humanos es el ámbito en el que actualmente se presentan las mayores dificultades. Como se ha señalado en el apartado anterior, nos enfrentamos a una crisis judicial en materia de amparo de tal magnitud que, en este caso, solo vislumbro cambios si una modificación normativa los establece.

Como comentario final, no veo dificultades en la regulación constitucional de los derechos fundamentales, sus principios y garantías. Los problemas e insuficiencias aparecen a la hora de interpretar normas constitucionales claras.

■ VENEZUELA

Jesús María Casal*

1. Modelo de Estado, organización político-territorial y ciudadanía

El Estado venezolano se define como un «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia» (art. 2). La calificación del Estado como democrático y social de Derecho se corresponde con las ideas que dominaban en el pensamiento jurídico del país cuando se elaboró la Constitución de 1999. Se consideraba que ya durante la vigencia de la Constitución anterior, de 1961, regía ese modelo. La novedad de 1999 estribó en el añadido del apelativo «y de Justicia». En las discusiones constituyentes esta alusión a la justicia dentro de aquella difundida fórmula obedeció, por un lado, a la intención de algunos constituyentes de poner de manifiesto que no bastaba adherirse retóricamente a las formas del Estado de Derecho, sino que era preciso hacerlo realidad mediante la aplicación efectiva de la justicia. Se criticaba el desempeño institucional de aquella época, que habría contrastado con los parámetros constitucionales. Bajo estas premisas, la mención de la justicia no conspiraba contra la noción del Estado de Derecho. Por otro lado, varios integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente pretendían impulsar un nuevo paradigma que debía superar la concepción clásica del Estado de Derecho, objetado por su formalismo, su conexión con el liberalismo-burgués y su indiferencia ante la injusticia social¹. Las

.....
1 Sobre estas discusiones durante el proceso constituyente, véase BREWER-CARÍAS, A. (2019): *Sobre la democracia*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 80 y ss.; CASAL, J. M., (2014): «Bases constitucionales para la reconstrucción

ataduras que implicaba el Estado de Derecho para el ejercicio del poder en general y para la labor jurisdiccional en particular debían ser disueltas mediante esta invocación directa de la justicia. Varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) se inclinaron tempranamente por esta segunda comprensión de las categorías constitucionales. La calificación del Estado de Derecho como social no era una novedad conceptual, pero en la evolución de la jurisprudencia constitucional terminó fundiéndose con esa apelación a la justicia y ambas nociones han sido utilizadas frecuentemente para justificar indiferenciadamente la prevalencia de los intereses colectivos o sociales sobre los derechos individuales, incluso fundamentales, y para atemperar exigencias de legalidad o seguridad jurídica.

En cuanto a la organización política, el texto constitucional establece que la República Bolivariana de Venezuela es un «Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución» (art. 4). La contraposición entre el centralismo y el federalismo ha sido uno de los aspectos destacados de nuestra historia constitucional. Dado el valor simbólico de nuestra primera Constitución, de 1811, de clara impronta federal, la bandera del federalismo fue levantada recurrentemente a lo largo de los siglos XIX y XX, pero en los hechos ha prevalecido el esquema centro-federal o el centralismo. Desde 1961 se ha querido preservar el federalismo como meta, sin adoptarlo completamente como forma estructurante del Estado, lo que explica esa reconducción de lo federal a «los términos consagrados en esta Constitución» que ha sido reiterada en el texto de 1999. La vigente Constitución consagra un modelo centro-federal, pero contiene aperturas para avanzar en la construcción de un Estado federal. La Constitución reafirmó la igualdad y autonomía de los estados que componen la República (art. 159²), así como la elección popu-

.....
institucional», en B. Alarcón Deza (coord.), *El desafío venezolano: continuidad revolucionaria o transición democrática*, Caracas: UCAB, Caracas, pp. 247 y ss.

2 Artículo 159. «Los Estados son entidades autónomas e iguales en lo político, con personalidad jurídica plena, y quedan obligados a mantener la independencia, soberanía e integridad nacional, y a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República».

lar de los gobernadores de los estados (art. 160), y ratificó transferencias de competencias nacionales en beneficio de estos últimos que se habían producido por vía legal en el ciclo político-constitucional de 1961 (art. 164, en especial sus núm. 5, 7, 9 y 10³). Pero la división político-territorial quedó casi enteramente en manos de la legislación nacional (art. 16⁴) y no se garantizó expresamente la existencia e integridad territorial de los estados, con un parlamento que pasó a ser unicameral. Las mencionadas aperturas de la Constitución, que habrían permitido desarrollar el denominado federalismo fiscal y transferir competencias del poder nacional a los Estados (arts. 157⁵, y 167, núm. 5 y 6⁶), no han sido aprovechadas. Al contrario, el nivel nacional de gobierno ha retomado competencias que la Constitución confiere con carácter exclusivo a los estados, valiéndose de sentencias de la Sala Constitucional del TSJ. Por otra parte, los estados, y los municipios, que gozan también de autonomía constitucional y que son

.....

3 Que señala que será de competencia exclusiva a los Estados el régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos; la creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos de papel sellado, timbres y estampillas; la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales; la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional; entre otras.

4 Artículo 16, inciso 2: La división político-territorial será regulada por ley orgánica, que garantice la autonomía municipal y la descentralización político-administrativa. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo.

5 Artículo 157. «La Asamblea Nacional, por mayoría de sus integrantes, podrá atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización».

6 Que señala que son ingresos de los Estados: «Los demás impuestos, tasas y contribuciones especiales que se les asigne por ley nacional, con el fin de promover el desarrollo de las haciendas públicas estatales»; y «Los recursos provenientes del Fondo de Compensación Interterritorial y de cualquier otra transferencia, subvención o asignación especial, así como de aquellos que se les asigne como participación en los tributos nacionales, de conformidad con la respectiva ley».

relevantes para la comprensión de nuestra forma de Estado (arts. 168 y ss.), han sufrido una reducción del ejercicio de sus atribuciones mediante la imposición por vía legislativa y, en los hechos, por un modelo alternativo, el Estado comunal y otros factores que han apuntalado la concentración de poderes en la Presidencia de la República.

La ciudadanía está regulada junto a la nacionalidad en un capítulo especial (Capítulo II: De la nacionalidad y de la ciudadanía) del título constitucional dedicado a los derechos humanos (Título III). Primero se establecen las reglas atributivas de la nacionalidad originaria y de adquisición de la nacionalidad por naturalización. Se admite la doble nacionalidad (art. 34). En relación con la ciudadanía, su titularidad depende de la nacionalidad (art. 39⁷), aunque el derecho al voto a nivel regional y local puede extenderse a los extranjeros que reúnan ciertas condiciones (art. 64⁸). El acceso a algunas altas funciones públicas está reservado a los venezolanos por nacimiento que no posean otra nacionalidad (art. 41⁹).

.....

7 Artículo 39. «Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución».

8 Artículo 64. «Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

El voto para las elecciones municipales y parroquiales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política».

9 Artículo 41. «Solo los venezolanos y venezolanas por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional, magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, Procurador o Procuradora General de la República, Contralor o Contralora General de la República, Fiscal o Fiscal General de la República, Defensor o Defensora del Pueblo, Ministros o Ministras de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; Gobernadores o Gobernadoras y Alcaldes o Alcaldesas de los Estados

La Constitución parte de la existencia de una sola nación en el Estado (art. 1). Se reconocen los derechos de los pueblos indígenas, concretamente su autonomía para la organización social, política y económica y el derecho a la conservación de sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como de su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan (art. 119¹⁰), pero se enfatiza la pertenencia de tales pueblos a la Nación (art. 126¹¹).

A la hora de valorar estos aspectos de la Constitución, conviene apuntar que la definición del Estado como un Estado de Justicia ha contribuido a la erosión del Estado de Derecho. No porque este sea ajeno a la justicia, sino porque es innecesario y puede conducir a errores mencionar la justicia separadamente, ya que aquel concepto la presupone, e incorpora principios y garantías que permiten su realización sin sacrificar la seguridad y normatividad jurídica y salvaguardando las libertades de la persona. La historia muestra que las apelaciones indiferenciadas a una determinada justicia pueden desmontar el Estado de Derecho y favorecer el uso discrecional del poder sin sujeción a límites normativos. Así ha sucedido en parte en el caso venezolano, aunque la clave hermenéutica para la huida del marco constitucional ha radicado en la invocación jurisprudencial de un «proyecto político» subyacente a la Constitución cuyos rasgos distintivos, según la Sala Constitucional del TSJ, serían la importancia de lo nacional, de los procesos político-sociales y culturales concretos y de la autodeterminación de los pueblos; en la prevalencia de lo colectivo frente a lo individual, y en

.....
y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la ley orgánica de la Fuerza Armada Nacional».

10 El artículo 119 agrega, además, que «... Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley».

11 Artículo 126. «Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional».

la minusvaloración de principios universales o suprahistóricos como los ligados a la protección de los derechos humanos. Este proyecto encontraría plasmación, según el criterio de esa Sala, en la fórmula constitucional del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia¹².

La calificación del Estado de Derecho como social, es decir, la conocida fórmula del Estado social de Derecho es compatible con los principios medulares del Estado de Derecho. Ello presupone que el componente social no se despliegue autónomamente, sino que esté sometido a la primacía del Derecho. La experiencia venezolana de desmantelamiento del Estado democrático de Derecho ha sido secundada por la interpretación –errónea, a nuestro juicio– de ese elemento social y de la invocación de la justicia contenida en el artículo 2 de la Constitución. Algunos magistrados del TSJ han equiparado el socialismo, e incluso el llamado socialismo del siglo XXI, al Estado social formulado en ese precepto, lo cual es abiertamente contrario al principio de pluralismo político garantizado constitucionalmente (arts. 2 y 6) y al sentido habitualmente atribuido al concepto de Estado social de Derecho. Este puede implicar adaptaciones en la comprensión y aplicación de algunos de los principios ínsitos al Estado de Derecho decimonónico vinculadas a la mayor presencia del Estado en la vida social y económica y la intensificación de las interacciones y el entrecruzamiento entre lo social y lo estatal, pero aquellos deben seguir siendo factores de contención de la actuación del poder público.

Por lo que respecta a la forma de Estado, la Constitución de 1999 frustró las expectativas referidas a la consolidación de los progresos del proceso de descentralización política y administrativa iniciado en Venezuela en 1989, que supuso una oportunidad para el surgimiento de nuevos liderazgos en el ámbito regional y la moderación del presidencialismo a través de la descentralización político-territorial. Tras diez años de pasos modestos pero sostenidos en esta dirección, se esperaba que la Constitución de 1999 apalancara la ruta hacia el federalismo. De hecho, muchas propuestas y documentos preliminares de la Asamblea Constituyente

.....

12 Sentencia de la Sala Constitucional n. 1309 del 17 de julio de 2001.

reflejaban esta orientación, pero consideraciones ligadas al liderazgo y proyecto político emergente, personificado en Hugo Chávez, hicieron naufragar estas aspiraciones. Con todo, la Constitución recogió los principales elementos del proceso descentralizador de 1989 y previó cauces para su intensificación, pero al mismo tiempo debilitó la garantía constitucional de la integridad de los estados existentes y limitó sus posibilidades de participación en la legislación y en la toma de otras decisiones nacionales relevantes como la revisión constitucional tras la supresión del Senado y la instauración de una Asamblea Nacional (unicameral) cuya composición y reglas electorales no compensaban la eliminación de la Cámara alta, en la que los estados tenían igual representación. Lo más grave, sin embargo, no ha sido esto, sino la dinámica política desplegada en los últimos años, caracterizada por el cercenamiento de las competencias de los estados y las entidades municipales que se ha producido cuando la oposición ha ganado en elecciones algunos de esos espacios de poder público. Ello junto a la motorización por el Gobierno y la Asamblea Nacional, que tuvo bajo su control, hasta diciembre de 2015, el denominado Estado comunal –no contemplado en la Constitución– y las instancias que lo conforman, que rivalizan con los estados y municipios en el acceso a recursos públicos y condicionan el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

2. Modelo económico

La Constitución no define un modelo económico específico, aunque sí contiene muchas disposiciones referidas a la intervención del Estado en la economía, varias de ellas recogidas en el Título VI, dedicado al «Sistema socioeconómico». Este «sistema» se concreta en un esquema de economía mixta fundado en diversos preceptos constitucionales que justifican una intensa intervención del Estado en el ámbito económico (arts. 299¹³,

.....
13 Artículo 299. «El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada

302¹⁴ y 305¹⁵, entre otros) junto a normas que reconocen la libertad económica y la libre iniciativa privada (arts. 112 y 299). Este carácter mixto se pone de manifiesto en el artículo 299 constitucional, que encabeza el referido Título VI y dispone lo siguiente: «El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional [...]». Ello se traduce en la existencia de corrientes enfrentadas dentro del marco constitucional. La Constitución prevé potestades que permiten al Estado reservarse actividades, industrias, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico y, a la vez, constitucionaliza la propiedad estatal exclusiva sobre las acciones de Petróleos de Venezuela, S. A.; incluye referencias a la planificación pública de la economía; introduce como cometido estatal la promoción de la pequeña y mediana empresa, así como de las cooperativas y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo bajo régimen de propiedad colectiva; entre otras disposiciones que consolidan la posición del

.....

promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta».

14 Artículo 302. «El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo».

15 Artículo 305. «El Estado promoverá la agricultura sustentable como base estratégica del desarrollo rural integral, y en consecuencia garantiza la seguridad alimentaria de la población; entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor. La seguridad alimentaria deberá alcanzarse desarrollando y privilegiando la producción agropecuaria interna, entendiéndose como tal la proveniente de las actividades agrícola, pecuaria, pesquera y acuícola. La producción de alimentos es de interés nacional y fundamental al desarrollo económico y social de la Nación [...]».

Estado en el campo económico. Pero también garantiza como derechos fundamentales el derecho de propiedad y la libertad económica, y alude explícitamente a la libertad de empresa y con una regulación de la expropiación y del derecho de propiedad más garantista que la establecida en la Constitución de 1961. Además, se incorporan la libre competencia y la seguridad jurídica como principios del orden constitucional económico. Esta ambivalencia de la Constitución se aprecia también en su artículo 112¹⁶, que ampara la libertad económica y la iniciativa privada y a la vez deja a salvo la facultad estatal de «dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país».

De acuerdo con la Constitución, esa coparticipación del Estado y del sector privado en el desarrollo económico debe sujetarse a los lineamientos que sean fijados «mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta» (art. 299¹⁷). Esta formulación constitucional es compatible con un sistema de planificación puramente indicativo, en favor del cual milita además una lectura conjunta de la

.....
16 Artículo 112. «Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país».

17 Artículo 299. «El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta».

Constitución. La legislación y la *praxis* institucional venezolana se han decantado por un sistema de planificación centralizada e imperativa que no es democrático ni se basa en procedimientos participativos y que, por tanto, es claramente inconstitucional.

Se ha sostenido que la Constitución de 1999 consagra el modelo de la economía social de mercado, pero en realidad los postulados constitucionales admiten una intervención estatal que puede ir más allá de lo que en aquel modelo se considera apropiado. Una economía social de mercado sería una opción de política económica válida en el marco del diseño constitucional pero este ofrecería también cobertura a planteamientos que preconizaran una mayor presencia del Estado en la vida económica, siempre que no fueran rebasados los límites impuestos por el reconocimiento de la libre iniciativa privada, la libertad económica y el derecho de propiedad.

En lo que concierne a los temas fiscales y monetarios, la Constitución contiene principios rectores de la gestión hacendística, límites y cautelas destinados a asegurar el equilibrio presupuestario. Asimismo, incluye controles especiales sobre el endeudamiento público; regula el régimen tributario y el sistema monetario, y promueve la estabilidad económica, monetaria y de precios, lo cual comprende la instauración de un fondo de estabilización macroeconómica. Se prevé la autonomía del Banco Central de Venezuela en el ejercicio de sus atribuciones (arts. 311 a 321).

Como tendencia general, se observa que el componente constitucional de intervención estatal sobre la economía ha sido abonado y sobredimensionado, mientras que la faceta de la libertad y la iniciativa de los particulares –la economía de mercado– ha sido reducida al mínimo y en muchos aspectos ha sido combatida desde el Gobierno. La habitual independencia del Estado venezolano de la tributación referida a actividades productivas o afines de origen privado, que se explica por la capacidad estatal para disponer de la riqueza petrolera, alcanzó inmensas dimensiones durante el gobierno de Hugo Chávez, por el incremento de los precios internacionales del petróleo y las maniobras que realizó para usar discrecionalmente los recursos correspondientes. Con esta base financiera de

sustentación para la gestión administrativa y los programas sociales, el Gobierno llevó a cabo tempranamente una embestida contra la actividad privada en el sector agrario y luego en otros ámbitos de la economía. Las expropiaciones irregulares o confiscaciones y las ocupaciones arbitrarias de tierras con vocación agrícola, así como los comisos administrativos de índole cautelar y otras medidas similares adoptados a bienes calificados de esenciales sin observar las exigencias del debido proceso y sin oportunidad de interponer con éxito una reclamación judicial, ejemplifican las acciones que despojaron al derecho de propiedad y a la libertad económica de su protección constitucional y generaron inseguridad jurídica. A ello se sumaron los sucesivos y acumulativos controles de precios, o la imposición de márgenes de precio calificados como justos, previa injerencia de la Administración en los procesos internos de las empresas, con el desenlace conocido de destrucción del aparato productivo nacional. La reserva legal en materia de libertad económica ha sido desvirtuada con apoyo de la Sala Constitucional, lo cual ha expandido el campo de las regulaciones ejecutivas. A ello ha contribuido, además, el uso desmedido de habilitaciones o delegaciones legislativas, dócilmente conferidas, con carácter genérico, por las mayorías oficialistas de la Asamblea Nacional en favor del presidente de la República, y la consecuente emisión de decretos con fuerza de ley sobre las esferas más diversas de índole institucional, económica y social¹⁸.

Entre esos decretos-leyes sobresalen los que fueron dictados después de 2007 para la implantación del denominado socialismo del siglo XXI, pese a que en diciembre de 2007 el pueblo había rechazado en referendo el proyecto de reforma constitucional que consagraba de manera expresa en la Constitución el sistema socialista y el llamado poder popular, y que suprimía la libertad económica como derecho fundamental y degradaba la propiedad privada a una posición subalterna frente a la propiedad pública y la social. Aunque la reforma no obtuvo respaldo

.....
18 CASAL, J. M. y SUÁREZ, J. L. (coords.) (2011): *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Caracas: UCAB.

popular mayoritario, el Gobierno mantuvo su programa ideológico e insistió en la aprobación parlamentaria del Plan de Desarrollo Económico y Social 2007-2013, oficialmente denominado Primer Plan Socialista¹⁹. Dicho plan estableció, entre otras cosas, la necesidad de reducir el alcance de la propiedad privada en la economía nacional y, de manera correlativa, expandir la propiedad social y la pública como primer paso hacia la construcción del socialismo. En ese contexto se afianzaron también los esfuerzos gubernamentales para implementar el llamado Estado comunal como fórmula que enlaza una determinada organización territorial, anclada en las comunidades, no en las entidades político-territoriales previstas constitucionalmente, con la ideología socialista oficial, la propiedad social y la dirección estatal de la participación popular.

La planificación ha jugado un papel relevante en el estrangulamiento de la libertad económica. Ya mencionamos el Primer Plan Socialista, sustituido por otro más ambicioso, titulado Plan de la Patria: Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación (2013-2019). Preparado por el entonces presidente Hugo Chávez, fue aprobado como su obra póstuma en diciembre de 2013 por la Asamblea Nacional, de mayoría oficialista. Entre ambos planes se dictaron reformas legislativas que robustecieron el control ejecutivo sobre la planificación, la cual se hizo más centralizada y antidemocrática.

Otro instrumento empleado para concentrar en el poder ejecutivo la dirección de la economía nacional ha sido la declaración de estados de excepción. Desde enero de 2016, visto el triunfo opositor en los comicios parlamentarios de diciembre de 2015, el presidente de la República, cuya legitimidad está en entredicho desde enero de 2019, ha declarado y prolongado hasta el presente un estado de excepción de emergencia económica, violando abiertamente la Constitución, dado que han sido desconocidas

.....
 19 *Proyecto Nacional Simón Bolívar. Primer Plan Socialista, Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación, 2007-2013*. Disponible en: <<http://www.superior.consejos.usb.ve/sites/default/files/Proyecto%20Nacional%20Sim%C3%B3n%20Bol%C3%AD-var%20-%20Primer%20Plan%20Socialista%20-%20Desarrollo%20Econ%C3%B3mico%20y%20Social%20de%20la%20Naci%C3%B3n%202007-2013.pdf>>.

las facultades de la Asamblea Nacional para la aprobación y la única prórroga admisible de los estados de excepción. Esa declaratoria ha servido al Gobierno para prescindir de la Asamblea Nacional en la toma de decisiones que requieren su concurso e incluso para usurpar algunas de sus atribuciones constitucionales, hasta tal punto que el presidente ha dictado mediante decreto el Presupuesto Nacional, cuya adopción mediante ley es competencia irrenunciable de la Asamblea Nacional. Todo eso ha sido posible en virtud de sentencias de la Sala Constitucional, que ya se estaba encargando de impedir, por otras vías, que el Parlamento pudiera ejercer sus funciones constitucionales.

En una evaluación global del diseño constitucional, puede afirmarse que la Constitución de 1999 contribuyó a acentuar el modelo heredado de la economía dependiente de la renta petrolera y no incorporó cautelas para evitar el manejo discrecional e incluso clientelar de los recursos correspondientes. Por otra parte, ha debido establecer con claridad que la libertad económica y la libre iniciativa privada, junto a los derechos que le son inherentes, son la base sobre la que pueden reconocerse facultades públicas de regulación, planificación primordialmente indicativa, fomento de sectores o actividades productivas y control sobre industrias estratégicas determinadas. No obstante, no debe equipararse el marco constitucional antes esbozado con el desempeño económico sufrido por el país en estos años. La actuación del Estado en este ámbito se ha desplegado fundamentalmente al margen de –o contra– la Constitución.

3. Modelo político y sistema de gobierno

La Constitución afianzó el sistema de gobierno presidencial o presidencialista característico de nuestra evolución político-constitucional. Amplió algunas de las atribuciones que la constitución de 1961 confería al presidente de la República en temas como los ascensos militares a los altos rangos, al haberse eliminado la exigencia de aprobación parlamentaria; la fijación del número, la organización y las competencias de los ministerios y otros organismos de la Administración pública nacional, que ahora puede hacerse mediante decreto, dentro de los principios y lineamientos

establecidos por una ley orgánica, y la emisión de decretos con fuerza de ley, que ya no están circunscritos a la materia económico-financiera, como señalaba la Constitución de 1961. Además, se extendió el periodo presidencial, con posibilidad de reelección inmediata por una vez. La propia eliminación del bicameralismo, que debilitó al parlamento como totalidad, terminó favoreciendo la posición institucional del presidente.

La supuesta exposición de motivos de la Constitución de 1999 – que fue redactada entre bastidores y votada sin debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente con posterioridad a la aprobación de la Constitución mediante referendo– habría consagrado un sistema mixto o semipresidencial porque introdujo la figura del vicepresidente ejecutivo. Este no es electo en fórmula con el presidente de la República, sino que es designado y es removable libremente por este, aunque puede ser removido también mediante moción de censura emitida por una mayoría calificada de las tres quintas partes de los diputados. Esa mixtura consistiría en que el presidente puede descargar, incluso formalmente por medio de delegación, ciertas tareas o atribuciones en el vicepresidente ejecutivo, que está llamado a colaborar con el presidente en la dirección de la acción del gobierno, a cubrir faltas temporales o interinas y a coordinar las relaciones del Poder Ejecutivo con la Asamblea Nacional, entre otras funciones (art. 239). Sin embargo, la figura del vicepresidente ejecutivo se mantiene dentro de la órbita del poder y del sistema presidencial. Es el primero entre los ministros, todos ellos dependientes de un nombramiento presidencial y no de la confianza del Parlamento y todos libremente removibles. La eventualidad de un voto de censura contra el vicepresidente, que acarree su remoción al haberse alcanzado aquella mayoría calificada, es altamente improbable, como lo es igualmente el uso de la facultad presidencial de disolver la Asamblea Nacional después de que hayan sido emitidos, en tres ocasiones, votos de censura contra vicepresidentes ejecutivos dentro de un mismo periodo de la Asamblea Nacional (art. 240).

En lo que respecta al Parlamento, la Constitución adoptó un sistema unicameral. Esta decisión era difícilmente justificable en términos de coherencia con el sistema institucional y los presupuestos históricos

de la gestación constitucional, pues la Constitución proclama un Estado federal descentralizado, con estados miembros reconocidos constitucionalmente como iguales y como partes de la estructura estatal que ya tenían en Constituciones precedentes una representación propia e igual en la Cámara alta. No obstante, ello se explica por razones ligadas al contexto y a motivaciones políticas. El Congreso o Parlamento suele ser la primera víctima de los procesos de desgaste democrático, como el que se vivía en el país al tiempo de la elaboración de la vigente Constitución. Mermado en su credibilidad, como el mismo sistema de partidos entonces imperante, el Congreso de la República debía ser de alguna manera descabezado, dada la simbología revolucionaria de los promotores del movimiento liderado por Hugo Chávez y sus rasgos populistas claramente apreciables desde el comienzo. La propia idea de la representación política resultaba también menoscabada. Además, un Parlamento unicameral es, en principio, más fácil de controlar por el Ejecutivo que un Congreso bicameral. Todo esto condujo a la eliminación del Senado, contra lo que muchos constituyentes habían propuesto en la primera fase de preparación del texto constitucional.

La Asamblea Nacional unicameral está compuesta por diputados electos en circunscripciones estatales, en un número que depende de la base poblacional fijada en la Constitución, al cual se añaden tres diputados por cada entidad federal (art. 186). Con estos diputados adicionales a los correspondientes según la base poblacional, se pretendía en parte compensar la supresión del Senado, aunque en realidad eso solo servía para evitar que los estados de zonas rurales, con pocos habitantes, tuvieran una representación especialmente mermada. La Constitución prevé un sistema de representación proporcional con voto personalizado para esas elecciones (arts. 63 y 186) y señala que los pueblos indígenas elegirán, conforme a sus tradiciones y costumbres, a tres diputados (art. 186).

La Asamblea Nacional, como instancia plural y de representación, ostenta principalmente las funciones de legislación sobre las materias de la competencia nacional y de control sobre el Gobierno y la Administración pública nacional. Bajo el esquema presidencial de la

Constitución, se parte de la separación entre el Ejecutivo y el Legislativo y de la atribución a este último de facultades de control, aunque existen muchos vasos comunicantes e interacciones. El mensaje anual del presidente de la República ante la Asamblea Nacional (art. 237); el derecho de los ministros a participar con derecho a voz en las deliberaciones de la Asamblea Nacional y su obligación de presentar ante ella la memoria anual del respectivo despacho (arts. 244 y 245); y la función del vicepresidente ejecutivo de coordinar las relaciones del Poder Ejecutivo con la Asamblea Nacional (art. 239, num. 5) son algunos ejemplos de esas interacciones. Los diputados pueden, por su parte, emitir voto de censura contra el vicepresidente ejecutivo o los ministros, que solo acarrea la remoción respectiva cuando aquel se adopta mediante una mayoría calificada (arts. 240 y 246). La Asamblea Nacional es competente asimismo para declarar el abandono del cargo por el presidente de la República, competencia que no es un poder de ejercicio discrecional o político que permita remover a un presidente simplemente por mal desempeño, sino que depende de la existencia de un efectivo abandono del cargo o de sus funciones constitucionales (arts. 232, 233 y 234). La Asamblea Nacional puede además aprobar leyes habilitantes o de delegación (art. 203) y el presidente de la República dispone del veto devolutivo de los proyectos de ley sancionados por el cuerpo legislativo (art. 214).

A lo expuesto han de agregarse los diversos instrumentos de control e investigación que están a cargo de la Asamblea Nacional, entre ellos las interpelaciones, las preguntas, las autorizaciones o aprobaciones parlamentarias y otros mecanismos (art. 222²⁰). La Constitución prevé

.....

20 Artículo 222. «La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley y cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su Reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad».

la creación de comisiones especiales de investigación o el ejercicio de esta función por sus Comisiones Permanentes y enuncia las principales potestades con que estas cuentan en cumplimiento de su cometido (art. 223²¹). En aplicación del control parlamentario, la Asamblea Nacional puede declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos y «solicitar al Poder Ciudadano²² que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad» (art. 222), pero la ley no ha precisado las consecuencias concretas de tal declaratoria. La Constitución no establece el juicio político, entendido como la atribución del Congreso u órgano equivalente de representación política de procesar y eventualmente remover al presidente de la República por la comisión de hechos ilícitos o impropios del cargo o de violaciones a la Constitución. No obstante, en caso de imputaciones penales contra el presidente, respecto de las cuales el TSJ haya declarado que hay méritos para un enjuiciamiento, la Asamblea Nacional puede autorizar la continuación del procedimiento penal (art. 266, num. 2), lo cual comportaría, según la legislación vigente, su suspensión en el ejercicio de sus funciones durante el juicio. La Constitución alude, además, a la posibilidad de que el TSJ destituya al presidente de la República (art. 233²³), previsión que parece

.....

21 Artículo 223. «La Asamblea o sus Comisiones podrán realizar las investigaciones que juzguen convenientes en las materias de su competencia, de conformidad con el Reglamento. Todos los funcionarios públicos o funcionarias públicas están obligados u obligadas, bajo las sanciones que establezcan las leyes, a comparecer ante dichas Comisiones y a suministrarles las informaciones y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones.

Esta obligación comprende también a los particulares; quedando a salvo los derechos y garantías que esta Constitución consagra».

22 El Poder Ciudadano es una nueva rama del Poder Público Nacional creada por la Constitución de 1999, junto al Poder Electoral, que se sumaron a las tres ramas clásicas. Aquel agrupa al Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo (art. 273 y ss.).

23 Artículo 233. «Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación

referirse a la separación definitiva del cargo que podría llevar consigo una sentencia condenatoria.

Al evaluar este diseño constitucional ha de tenerse en cuenta que al menos desde la década de los ochenta del siglo pasado se discutían fórmulas que contribuyeran a atemperar el presidencialismo y se habían presentado propuestas diversas. La Constitución de 1999 no solo no las reflejó, sino que reforzó el presidencialismo tanto al ampliar los poderes del Presidente de la República como al extender el periodo presidencial a seis años con posibilidad de una reelección inmediata. La reelección inmediata, que no estaba autorizada por la Constitución de 1961, ha demostrado ser altamente riesgosa para la institucionalidad democrática. Más grave aún fue la enmienda constitucional de 2009, que permite reelecciones sucesivas sin limitación. Por otra parte, no han debido admitirse leyes de habilitación o delegación sin haberlas circunscrito a la materia económica o financiera. Fue igualmente un error suprimir el control parlamentario sobre los ascensos de militares a los altos rangos de la Fuerza Armada Nacional. La eliminación del bicameralismo constituyó asimismo un retroceso desde la perspectiva de la democracia y del federalismo. La simple reproducción de las reglas sobre el Parlamento de la Constitución anterior, de 1961, no hubiera sido tampoco plausible, pero debía mantenerse el bicameralismo e incorporar modificaciones que reforzaran la función de representación federal o territorial del Senado y que contemplaran periodos o mandatos diferenciados entre una y otra Cámara. Podía eliminarse también la figura de los Senadores vitalicios, condición que se otorgaba a los expresidentes de la República y que se había mostrado inconveniente. La idea de reformar la regulación del Parlamento sin abandonar el bicameralismo se había plasmado incluso en una propuesta surgida de la Asamblea Constituyente que fue luego desechada por este órgano por las consideraciones antes apuntadas.

.....

de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado este por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato».

4. Democracia y participación

La Constitución de 1999 consagra un sistema democrático, que es definido a partir del paradigma de la «sociedad democrática, participativa y protagónica» a la que se refiere el preámbulo de la Constitución. Este paradigma tiene una dimensión tanto de participación política directa como de representación. Varias disposiciones de la Constitución se corresponden con ese planteamiento, que tuvo pretensiones refundacionales. Lo ponen de manifiesto, entre otros, los artículos 5²⁴ y 6²⁵ de la Constitución, ya que el primero alude al ejercicio directo e indirecto de la soberanía popular, en ese orden. El segundo suprime el carácter representativo del Gobierno al que se refería el artículo 3 de la Constitución de 1961 y lo sustituye por la mención a la naturaleza electiva y participativa del Gobierno y a la revocabilidad de los mandatos. Este cambio es significativo porque el artículo 6 de la actual Constitución y el artículo 3 de la de 1961 se remontan, con modificaciones, a la Constitución venezolana de 1830, que estableció en su artículo 6 principios inderogables por futuras revisiones constitucionales²⁶. A diferencia del Proyecto de Reforma General de la Constitución elaborado por la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional (1992), que planteaba añadir el calificativo de participativo junto al de representativo, se optó por eliminar este último término. Adicionalmente, el artículo 70 de la Constitución establece un conjunto de «medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía», entre los cuales se encuentran, en el ámbito político, «la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas

.....
 24 Artículo 5. «La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público». Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

25 Artículo 6. «El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables».

26 Artículo 6, Constitución de 1961. «El gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo».

legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos cuyas decisiones serán de carácter vinculante» y, en el ámbito social y económico, una serie de espacios o fórmulas asociativas que también serían expresión de esa soberanía y de ese protagonismo.

Se prevén varias modalidades de referendo: el consultivo, para que los electores se pronuncien sobre temas de interés nacional, estatal o municipal (art. 71); el revocatorio de mandato, sujeto a condiciones estrictas para su eficacia (art. 72); el aprobatorio de proyectos de ley o el referido a tratados internacionales (arts. 73 y 205); el abrogatorio de leyes o decretos-leyes (art. 74), y el aprobatorio de enmiendas o reformas constitucionales o de la iniciativa para la convocatoria de una asamblea nacional constituyente (arts. 341, num. 4, 344 y 347). Además, se reconoce el derecho ciudadano a participar en la «formación, ejecución y control de la gestión pública» (art. 62), que es una vertiente de los derechos políticos, lo que se traduce en mecanismos como la transferencia de servicios o programas a las comunidades y grupos vecinales organizados, para que colaboren en su prestación o desarrollo, o la formulación de propuestas de inversión ante las autoridades competentes y el ejercicio de la evaluación y el control social sobre obras, programas sociales y servicios públicos, lo cual es, según la Constitución, la manifestación de un principio de responsabilidad en la gestión pública a nivel estatal y municipal (art. 184). A esto se añaden la rendición de cuentas, la transparencia y el derecho de acceso a la información pública (arts. 66 y 141).

Más allá de su plasmación en los referendos y otros mecanismos de participación directa o semidirecta, la democracia participativa de la Constitución de 1999 se proyecta sobre la regulación de la institucionalidad del Estado, en parte para debilitar la representación, en parte para complementarla. Por un lado, se opta por preterir a los partidos políticos como forma de organización para la actividad política. Asimismo, la adopción del unicameralismo en una Constitución que proclama la naturaleza federal del Estado y con una tradición constitucional como la nuestra es una señal clara de devaluación de la representación política. Las fórmulas participativas de la Constitución propenden además a

confundir lo público con lo social o comunitario. Ello se refleja también en el tratamiento de ámbitos de desarrollo de la persona que son inscritos en la realización de determinados fines públicos (art. 3) y, en general, en la forma en que se concibe la relación entre el Estado y la sociedad, cuya distinción propende a diluirse en algunas disposiciones. Por otro lado, se incorporan fórmulas participativas dentro de las estructuras representativas (art. 211, en relación con el proceso de formación de las leyes, p. ej.²⁷)

Detrás de la idea participativa de la Constitución hay un conjunto heterogéneo de aportes ideológicos de inspiración y radicalidad diversas. Ello se explica porque la misma noción de democracia participativa puede tener alcances diferentes. La Constitución apuesta por una democracia participativa, que intenta superar las supuestas deficiencias de la democracia representativa. Esta decisión está presente desde la misma gestación del proceso constituyente, que fue adelantado al margen de los procedimientos de revisión de la Constitución de 1961 y eclipsando la normatividad del Estado de Derecho. La sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia del 19 de enero de 1999, que quiso colocar un puente de normatividad entre esta Constitución y su desmoronamiento, puso la primera piedra de la actual democracia participativa, ya que se fundamentó, entre otros argumentos, en la premisa de que en una democracia participativa el pueblo debía poder ejercer el poder constituyente sin ataduras establecidas en la Constitución vigente, transformando de esa forma la democracia

.....

27 Artículo 211. «La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien este designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los y las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los y las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional.»

representativa reflejada en el artículo 4 de aquella Constitución, al menos en su fase o momento terminal, en una de carácter participativo.

Pero la Constitución de 1999, aunque intentó ocultarlos, dejó en pie los principales pilares del sistema representativo. Tanto las elecciones como el carácter no imperativo del mandato parlamentario, que es compatible con la rendición de cuentas a los electores, y los estrictos requisitos impuestos para la activación por iniciativa popular y la eficacia de los referendos de carácter decisorio, incluyendo la revocatoria del mandato, junto a la regulación constitucional general sobre el ejercicio del poder público, se avienen con el esquema democrático-representativo. A ello ha de agregarse el reconocimiento constitucional del derecho de todo ciudadano a participar «libremente» en los asuntos públicos, «directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas». La propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido a la base representativa del sistema político en la Constitución vigente en una sentencia interpretativa de su artículo 71²⁸ que no está exenta de puntos contrastantes con posturas previas y posteriores de la misma Sala y que respondió a intereses políticos, pero que recoge una lectura posible de la Constitución.

De acuerdo con la Constitución, el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo no implica una negación de la normatividad constitucional, ya que dicho ejercicio solo es admisible «en la forma prevista en esta Constitución y en la ley» (art. 5). Es decir, ello no significa que el pueblo se coloque al margen o por encima del Estado de Derecho; solo indica que los respectivos cauces de participación están directamente a su alcance y puede hacer uso de ellos por sí mismo, en las condiciones constitucionales y legales, mientras que en el despliegue de la soberanía mediante el sufragio se eligen representantes que tendrán en sus manos los correspondientes mecanismos de acción y toma de decisiones. En ambos casos, la soberanía está sometida o domesticada por la normatividad constitucional. Por otra parte, el mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona y el

.....

28 Sentencia de la Sala Constitucional n. 23 del 22 de enero de 2003.

libre desenvolvimiento de su personalidad se opone a interpretaciones que la conviertan en simple instrumento de procesos estatales (arts. 3 y 20), lo cual resulta apuntalado por la garantía constitucional de los derechos inherentes al ser humano no enumerados y la apertura del orden constitucional al Derecho internacional de los derechos humanos (arts. 19, 22 y 23).

Como evaluación de conjunto, se constata que la Constitución de 1999 fue víctima, también en esta temática, de la yuxtaposición entre concepciones contrastantes que, si bien eran susceptibles de armonización interpretativa, no pudieron ser articuladas mediante una *praxis* institucional y una jurisprudencia constitucional democrática, dadas las tempranas desviaciones autoritarias. Junto a la tesis que propugnaba complementar la democracia representativa con instrumentos de democracia directa y de participación ciudadana en el diseño, ejecución y control de la gestión pública, concurrió la postura favorable a un cambio de paradigma que consideraba obsoleta la representación política y sus fundamentos y quería apuntalar el protagonismo popular de la mano de un liderazgo mesiánico que la Constitución no explicitaba completamente, pero podía favorecer.

La tendencia a la confusión entre el ámbito público o estatal y el social y comunitario es uno de los desaciertos del texto constitucional. La participación ciudadana, comunitaria o popular debe estar fundada en las libertades propias de esas esferas de la acción humana. Hay que evitar que, a partir de la disolución de la distinción entre Estado y sociedad, la participación pase a ser otorgada o configurada, en lo organizativo y finalista, desde las estructuras estatales, en lugar de desplegarse desde la libertad y derechos de la persona. La corresponsabilidad no debe conducir ni a un soslayamiento de las responsabilidades públicas ni a una estatización y asunción del poder público en cabeza de instancias sociales no legitimadas para ello.

Conviene advertir, sin embargo, que el esquema participativo de la Constitución no ha sido implementado. La participación desde la comunidad libremente organizada fue sustituida o envilecida por cauces controlados políticamente desde el Ejecutivo Nacional que han servido como canales de distribución clientelar de recursos, ello sin perjuicio de

las experiencias positivas de participación y empoderamiento comunitario que, pese a la manipulación oficial, hayan tenido lugar. La mejor prueba de esta afirmación se encuentra en que la ley relativa a los medios de participación política previstos en el artículo 70 de la Constitución aún no ha sido aprobada. Esta debía ser, en un orden constitucional como el de 1999, una legislación prioritaria con miras a la consolidación de la democracia participativa, pero no ha sido sancionada. Después de muchos años de mora del legislador en la materia, y de algunas normativas parciales, se precipitó en diciembre de 2010 la avalancha legislativa sobre el llamado poder popular y el Estado comunal, pese a lo cual muchos mecanismos enunciados en el artículo 70 siguen sin desarrollo legal. En particular, no ha sido dictada la ley sobre los referendos, que están bloqueados en la práctica, con aval del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral cuando pretenden ser activados por iniciativa popular.

Algunas instancias de supuesta participación en el ámbito político y socioeconómico se encuentran reguladas en las leyes del poder popular, las cuales, sin embargo, al imponer el control estatal y el socialismo, responden a una lógica extraña a la de la Constitución, ya que esta reconoce que el pluralismo político es un valor superior del ordenamiento jurídico y parte de la libre organización de la comunidad como base de la participación (arts. 2 y 62). A ello se suma el socavamiento de la institucionalidad federal y de la organización político-territorial que supone el Estado comunal, así como el desconocimiento del papel que los estados y municipios deben jugar en la interacción entre lo público y lo asociativo y comunitario (art. 184 de la Constitución). El texto del Proyecto de Reforma Constitucional de 2007 es una prueba de que, incluso para los principales promotores de la Constitución de 1999, el proyecto supuestamente participativo que en el 2007 querían impulsar no cabía, ni cabe, en esta Constitución.

Lo cierto es que, en virtud de la adopción del denominado Estado comunal²⁹, se ha establecido legalmente al socialismo como ideología

.....

29 Para una crítica desde la perspectiva constitucional del Estado comunal, ver SÁNCHEZ FALCÓN, E. (2016): *Estado comunal y Estado federal en Venezuela*,

vinculante y las estructuras del llamado poder popular han minado las facultades de las entidades político-territoriales previstas en la Constitución, todo en beneficio de la concentración de poderes en el presidente de la República. La evolución de los últimos años ha conducido a que incluso la institucionalidad representativa nacional haya sido liquidada, como lo demuestra el desconocimiento de la Asamblea Nacional tras las elecciones de diciembre de 2015. Adicionalmente, en 2017 fue implantada una pretendida Asamblea Nacional Constituyente sin permitir que el pueblo decidiera sobre el ejercicio de su poder constituyente³⁰, lo cual implicó lanzar al mar los últimos vestigios de la participación y de la democracia contempladas en la Constitución.

5. Justicia constitucional

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, a la cual todos están sujetos (art. 7). Asimismo, todos los órganos del poder público deben respetarla en el ejercicio de sus funciones (art. 137). Por lo que respecta al control o garantía de la Constitución, se encomienda dicha tarea de manera especial al Poder Judicial. En concreto, la Constitución dispone que «todos los jueces o juezas están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución» (art. 334). Esto no significa que las otras ramas del poder público sean ajenas a esta misión, ya que tanto la Asamblea Nacional como la Defensoría del Pueblo, por ejemplo, pueden hacer uso de sus respectivas atribuciones ante hechos que representen violaciones de la Constitución, aunque lo harán bajo las categorías y marco normativo específicos. En lo concerniente a los jueces, existe en todo caso un mandato constitucional particular de defensa de la Constitución.

Adicionalmente, se confieren funciones o competencias especiales de protección de la Constitución a determinados órganos jurisdiccionales.

.....
Caracas: Fundación Manuel García Pelayo; BREWER-CARÍAS, A., *op. cit.* pp. 205 y ss.

30 Véase BREWER-CARÍAS, A. y C. GARCÍA SOTO (coords.) (2017): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas-Bogotá: Editorial Jurídica Venezolana-Temis.

El TSJ, como «máximo y último intérprete de la Constitución» debe «garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales» y ha de velar «por su uniforme interpretación y aplicación» (art. 335). Esto implica que todas las Salas que componen el TSJ deben llevar a cabo esa última verificación sobre la observancia de la Constitución en su respectivo ámbito u orden competencial y por medio de los recursos ordinarios o extraordinarios de los que conozcan conforme a las leyes correspondientes. Deben procurar, además, que en este orden jurisdiccional existan interpretaciones uniformes de la Constitución. Sin embargo, solo las interpretaciones de la Constitución emanadas de la Sala Constitucional son vinculantes para las otras Salas del TSJ y los demás tribunales de la República (art. 335). Más allá de lo que cabe inferir de estas previsiones normativas, la Sala Constitucional se ha erigido en el máximo y último intérprete de la Constitución y el órgano supremo de la jurisdicción constitucional. Ha asumido la competencia de revisar sentencias de otras Salas del TSJ e incluso de su Sala Plena, integrada por la totalidad de los magistrados del TSJ.

Nuestro sistema de justicia constitucional ha sido tradicionalmente mixto o híbrido. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional la declaración de la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes (art. 334, *in fine*); mientras que todo juez de la República puede inaplicar leyes al caso concreto sometido a su conocimiento, con efectos *inter partes* (art. 334). Con la creación de la Sala Constitucional en 1999 se ha debilitado la vertiente difusa del sistema, pero en rigor sigue siendo mixto, ya que todos los tribunales tienen la potestad de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución al conocer de casos concretos en los respectivos campos jurisdiccionales. Además, como ya se apuntó, todos los jueces están obligados a garantizar la integridad de la Constitución, lo cual se manifiesta no solo en su observancia al dirimir controversias, sino también en el control difuso de constitucionalidad y en la resolución de acciones de amparo constitucional, para las cuales son, en principio, competentes los tribunales de la localidad en que se haya suscitado el hecho presuntamente lesivo de algún derecho fundamental.

El impacto de la instauración de la Sala Constitucional sobre los rasgos distintivos de nuestro sistema de justicia constitucional se explica primordialmente por el carácter vinculante de sus interpretaciones de la Constitución, más aún en la forma en que esa Sala lo ha entendido y lo ha hecho valer; por la facultad que ostenta para revisar sentencias definitivamente firmes de los tribunales dictadas en materia de amparo o de control difuso de la constitucionalidad (art. 336, num. 10), y por la que ella se ha atribuido tanto para hacerlo no solo en estos dos casos, sino también en cualquier supuesto de interpretación francamente errónea de la Constitución, lo cual comprende los de inobservancia de las interpretaciones fijadas por dicha Sala, como para efectuar tal revisión incluso respecto de decisiones de otras Salas del TSJ. Aquí se combinan la normativa constitucional y los criterios jurisprudenciales que han expandido los poderes de la Sala Constitucional, pero lo indicado permite ilustrar las formas en que esta es capaz de incidir en la labor jurisdiccional de otros órganos judiciales en materia constitucional. Si un juez ordinario inaplica una ley en virtud de su facultad de control difuso y esta decisión queda firme, la Sala Constitucional está llamada a pronunciarse de oficio y de manera definitiva sobre la constitucionalidad de la ley por vía de revisión. Si se trata de una sentencia de amparo, la intervención de la Sala depende más de la solicitud de parte interesada y de la relevancia del asunto para la interpretación constitucional general.

Los principales mecanismos de la justicia constitucional pueden clasificarse según el órgano judicial competente para conocerlos. Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del TSJ el control de constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes u otros actos de igual rango con efectos generales; el control automático de la constitucionalidad de los decretos que declaran un estado de excepción; el control previo de la constitucionalidad de los tratados o convenciones internacionales; la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa; el conflicto constitucional de atribuciones; el recurso de colisión entre leyes, y la revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo o de control difuso de la constitucionalidad dictadas por los tribunales de la República (art. 336).

Como antes se señaló, por vía jurisprudencial la Sala ha ampliado el alcance de la facultad de revisión de sentencias. Se ha atribuido, además, la competencia para pronunciarse sobre solicitudes directas de interpretación (en abstracto) de la Constitución; para avocarse al conocimiento de causas relevantes en materia constitucional que estén en curso en tribunales ordinarios, bajo los presupuestos que han sido fijados, así como para resolver en ciertos supuestos las acciones de amparo, hábeas data o de protección de intereses difusos o colectivos, lo cual ha sido ratificado posteriormente por la ley. En lo que respecta a los jueces ordinarios, están facultados para ejercer el control difuso de la constitucionalidad; conocer de acciones de amparo, incluyendo al hábeas corpus, y de habeas data o protección de intereses difusos o colectivos cuando así lo determinen las respectivas reglas de competencia. La Sala Constitucional también puede ejercer el control difuso en las causas que esté tramitando, aunque con efectos vinculantes para los demás órganos jurisdiccionales.

Al evaluar el diseño constitucional hay que considerar los antecedentes de su gestación. Durante la vigencia de la Constitución de 1961, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, ejercía el control de la constitucionalidad de las leyes, con posibles efectos anulatorios, que concurría con el control difuso de constitucionalidad encomendado a todos los jueces. La actuación de la Sala Plena en la materia había sido criticada por su falta de especialización y por su contención o lentitud en la resolución de las causas constitucionales. Además, desde 1983 el amparo comenzó a tener un enorme desarrollo jurisprudencial, con una competencia judicial descentralizada, lo cual llevó a que se establecieran criterios interpretativos divergentes respecto del alcance de los derechos constitucionales sin que esa Corte fuera competente para sentar una interpretación definitiva, lo cual podía afirmarse también respecto del control difuso. Para reforzar la defensa judicial de la Constitución y procurar uniformidad en su interpretación, se creó la Sala Constitucional y se le otorgaron atribuciones como la revisión de sentencias de amparo o de control difuso dictadas por los tribunales.

Sin embargo, la Sala Constitucional fue objeto de captura política desde sus inicios, con ocasión de la designación de sus integrantes por la

Asamblea Nacional Constituyente, con base en un régimen transitorio que ni siquiera había sido considerado en el referendo aprobatorio de la Constitución, lo que se acrecentaría en virtud de purgas y designaciones posteriores. La Sala Constitucional procedió tempranamente a expandir interpretativamente sus atribuciones y se convirtió en una instancia facultada para revisar cualquier sentencia emitida en el país, siempre que pudiera aducirse la existencia de una interpretación contraria a la Constitución. Con ello pretendía ser un último custodio no tanto de la Constitución cuanto del proyecto político en desarrollo. La Sala Constitucional asumió rápidamente un singular protagonismo en la erosión de la institucionalidad democrática. No es objeto de estas líneas analizar esta perversión del papel que constitucionalmente estaba llamada a desempeñar. Baste decir que el diseño constitucional podía haber conducido a un desenlace muy diferente si la jurisdicción constitucional no hubiera sido instrumentalizada como lo fue. Si alguna lección sobre esta experiencia merece ser compartida, es que se debe ser muy cuidadoso en la elección de los jueces constitucionales; que se debe evitar una suerte de macrocefalia de la justicia constitucional en la que una sola instancia suprema pretenda concentrar las principales responsabilidades de garantía e interpretación de la Constitución, minimizando el papel de los jueces ordinarios; y que no puede esperarse que una corte o sala constitucional proporcione lo que el sistema político en su conjunto no puede dar. Una corte o sala constitucional, o un tribunal supremo con funciones de jurisdicción constitucional, debería coordinar e impulsar un esfuerzo conjunto de garantía e interpretación judicial de la Constitución que favorezca las soluciones multilaterales o dialógicas, las cuales tienen en cuenta la posición institucional y funciones de los órganos de representación democrática.

A modo de síntesis, podrían enunciarse estas advertencias o recomendaciones: la cualificación profesional o académica debe ser el criterio fundamental para la selección de los integrantes de una corte constitucional; conviene involucrar a distintas instituciones públicas en la selección y designación correspondiente, siendo importante requerir una mayoría calificada en el Parlamento para su elección y la existencia de algunos

miembros cuya postulación provenga del poder judicial, no solo de la Corte Suprema de Justicia; deben preverse mecanismos de supervisión de la ciudadanía sobre este proceso; es aconsejable que los jueces de la corte constitucional sean renovados por tercios y que se excluya su reelección; las facultades de interpretación abstracta de la Constitución o de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes generan riesgos adicionales de desmesura en el ejercicio del control de constitucionalidad, mientras que la revisión previa de la constitucionalidad de los tratados tiene justificación; una corte constitucional suele ganar legitimidad si es capaz de resolver casos concretos de garantía de derechos fundamentales mediante el conocimiento de acciones de amparo en supuestos delimitados o la revisión extraordinaria, con admisibilidad restringida, de sentencias de amparo o protección u otros procedimientos similares; los tribunales ordinarios deben tener atribuciones relevantes de salvaguarda de derechos fundamentales y de interpretación constitucional; hay que ser cuidadosos en la formulación de las disposiciones transitorias de la Constitución y hay que prestarles bastante atención, pues a veces estas son usadas para obviar el régimen general establecido en relación con la elección de los jueces constitucionales y otras altas autoridades de control.

6. Derechos fundamentales y principios constitucionales

Varios principios constitucionales guardan relación directa con los derechos humanos. El artículo 2 de la Constitución, ubicado en su Título I, dedicado a los «Principios fundamentales», consagra los valores superiores del ordenamiento jurídico y estos comprenden «la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político». Merece ser subrayada la preeminencia que esta disposición confiere a los derechos humanos. De esta forma la Constitución reconoce, ya en la enunciación de sus principios fundamentales, la significación de los derechos humanos. Su artículo 3 reitera el compromiso del Estado con la observancia de los derechos de la persona y alude

al necesario respeto de su dignidad. Estos pilares constitucionales se ven luego reflejados en el artículo 350 de la Constitución, que, como cláusula de cierre de la normativa constitucional, supedita la legitimidad del sistema político y del ejercicio del poder, y el deber de obediencia a la autoridad, a la preservación de los derechos humanos.

El artículo 3 de la Constitución introduce algunos elementos que podrían ir a contracorriente de estas orientaciones garantistas, pues señala, entre los fines esenciales del Estado, al «desarrollo de la persona» y establece que la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar tales fines, lo cual, se ha dicho, apuntalaría una subordinación general de la persona al Estado. Pero el propio artículo 3, al referirse al respeto a la dignidad y derechos humanos, el mencionado artículo 2 y una lectura sistemática de la Constitución abonan una interpretación distinta, en la que deben quedar a salvo la autonomía individual y las libertades fundamentales. La educación y el trabajo no son procesos estatales, sino ámbitos de despliegue de la libertad y de la personalidad, sin perjuicio de las facultades que legítimamente pueda tener el Estado en estos campos.

Adicionalmente, en las disposiciones generales del Título III de la Constitución («De los derechos humanos, de las garantías y de los deberes»), se reconocen los principios de progresividad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y se recogen las obligaciones generales de respeto y garantía que rigen en la materia (art. 19³¹). Como muestra adicional de la tendencia a la constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos, se adoptan los estándares internacionales relativos a la imprescriptibilidad de crímenes internacionales y de los delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos; las obligaciones de investigación, sanción y reparación de violaciones a

.....

31 Artículo 19. «El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen».

los derechos humanos; la ilicitud de las leyes de amnistía o del indulto o medidas similares respecto de tales crímenes o delitos, y la limitación de la competencia de los tribunales militares al ámbito estrictamente castrense (art. 29³² y 30³³). Se tutela asimismo el derecho de acceso a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos (art. 31³⁴). Además, dentro de esas disposiciones generales se proclama el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 20³⁵) y el derecho a la igualdad, que, aunque se formula en términos de igualdad ante la ley, incluye exigencias de igualdad material, con previsión de acciones positivas respecto de grupos vulnerables (art. 21³⁶).

.....

32 Artículo 29. «El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades.

Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía».

33 Artículo 30. «El Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios.

El Estado adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo.

El Estado protegerá a las víctimas de delitos comunes y procurará que los culpables reparen los daños causados».

34 Artículo 31. «Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo».

35 Artículo 20. «Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social».

36 Artículo 21. «Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

La Constitución enuncia derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales, culturales y ambientales. En gran medida, hay correspondencia con el contenido de estos derechos en los respectivos instrumentos internacionales, aunque hay matices o divergencias en la regulación en temas como la libertad de expresión e información, pues la Constitución incluye las exigencias de oportunidad, veracidad e imparcialidad de la información (art. 58); el derecho de manifestación, porque este se reconoce a los ciudadanos (art. 68); y el derecho a la educación, ya que se acentúa el papel del Estado y se admite la iniciativa y participación de los particulares, pero con más precauciones (arts. 102 y 106), entre otros. Se añaden algunos derechos como el derecho a la protección de la seguridad ciudadana (art. 55), y algunos de los derechos sociales están previstos con mayor impacto prestacional y precisan la forma en que el Estado debe satisfacerlos (arts. 82, 84, 86). Se garantizan los derechos ambientales (arts. 127 y ss.) y se proclaman los derechos de los pueblos indígenas, que abarcan el reconocimiento de sus formas de organización social, política y económica y de administración de justicia, de su identidad cultural y de sus derechos sobre su hábitat o tierras que tradicionalmente han ocupado (arts. 119 y ss.). El texto constitucional formula, por otra parte, normas especiales relativas a determinados grupos etarios o sociales como los niños o adolescentes, los jóvenes, los ancianos, y las personas con discapacidad o necesidades especiales (arts. 78 a 81).

Los derechos contemplados en tratados de derechos humanos, e incluso otros derechos inherentes al ser humano que no estén positivizados constitucionalmente o en tratados o convenciones internacionales,

.....

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Solo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias».

están garantizados por la Constitución en virtud de la apertura reflejada en sus artículos 22 y 23. El primero de ellos establece el carácter meramente enunciativo del catálogo constitucional de derechos y deja a salvo otros derechos «inherentes a la persona» que no estén previstos en dicho catálogo o en instrumentos internacionales de derechos humanos³⁷. Por su parte, el artículo 23 de la Constitución venezolana reconoce la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela y su aplicación preferente en el orden interno cuando contengan una regulación sobre estos derechos más favorable a la de la Constitución y las leyes nacionales³⁸. Esta segunda cláusula de apertura confiere directamente jerarquía constitucional a estos tratados. Los artículos 22 y 23 de la Constitución terminan extendiendo la garantía constitucional de los derechos a los proclamados en los tratados o convenciones sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, así como a otros derechos inherentes a la persona que no estén consagrados ni en la Constitución ni en tales tratados³⁹. Las declaraciones internacionales de derechos humanos son un medio principal para la identificación de esos derechos innominados o implícitos, tarea que corresponderá normalmente a la justicia constitucional. A esto han de agregarse los derechos que resulten de fuentes del Derecho internacional distintas a los tratados, en particular de normas de *ius cogens*. Estas últimas suelen hallar plasmación en tratados o declaraciones, pero esta no es una condición para su validez. El

.....
 37 Artículo 22. «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos».

38 Artículo 23. «Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público».

39 CASAL, J. M. (2006): *Los derechos humanos y su protección*, Caracas: UCAB, pp. 49 y ss.

juez constitucional puede reconocer también otros derechos inherentes al ser humano.

La Constitución regula varios mecanismos destinados específicamente a la protección de derechos humanos. El principal de los instrumentos procesales es el amparo constitucional, que tutela los derechos consagrados en la Constitución y cualquier otro inherente a la persona, previsto o no en tratados internacionales (art. 27⁴⁰). Su ámbito protector comprende tanto derechos de defensa, como libertades de actuación, derechos de participación y de prestación. En nuestro ordenamiento jurídico el hábeas corpus es una forma de amparo, referido a la salvaguarda de la libertad y seguridad personales. Otra herramienta de nuestro Derecho Procesal Constitucional es el hábeas data, que resguarda los datos personales frente a su posible almacenamiento, procesamiento o transmisión indebidos y permite su supresión, rectificación o actualización en registros públicos o privados (art. 28⁴¹). El hábeas data también puede ser empleado para acceder a documentos que contengan información que sea de interés

.....

40 Artículo 27. «Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales».

41 Artículo 28. «Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de

para comunidades o grupos de personas (art. 28, *in fine*), caso en el cual no se garantiza propiamente la autodeterminación informativa, sino el acceso a información relevante para colectividades, quedando a salvo el secreto de las fuentes periodísticas y otros compatibles con la Constitución. Por otra parte, se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo la posibilidad de ejercer acciones judiciales invocando intereses difusos o colectivos (art. 26⁴²). Un importante mecanismo no judicial de defensa de estos derechos es la Defensoría del Pueblo, que tiene a su cargo «la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos, de los ciudadanos y ciudadanas» (art. 28o⁴³).

Como evaluación general, se observa que la normativa sobre los derechos humanos de la Constitución refleja los progresos internacionales y constitucionales en la protección de los derechos humanos y los estándares respectivos. El catálogo constitucional de derechos es, en

.....
 interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley».

42 Artículo 26. «Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles».

43 Artículo 28o. «La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos.

La Defensoría del Pueblo actuará bajo la dirección y responsabilidad del Defensor o Defensora del Pueblo, quien será designado o designada por un único período de siete años.

Para ser Defensor o Defensora del Pueblo se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de treinta años, con manifiesta y demostrada competencia en materia de derechos humanos y cumplir con las exigencias de honorabilidad, ética y moral que establezca la ley. Las faltas absolutas y temporales del Defensor o Defensora del Pueblo serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la ley».

algunos temas, muy ambicioso y puede lindar con lo programático o lo aspiracional. Además, en la determinación de las formas de satisfacer el disfrute de ciertos derechos hay una impronta estatista. Sin embargo, en términos generales dicha regulación merece una valoración positiva. Los problemas que hemos tenido en el país durante estos años en la esfera de los derechos humanos están ligados en buena medida a la inobservancia de la Constitución, lo cual se pone de manifiesto en el desconocimiento de la apertura constitucional al orden internacional de derechos humanos.

Pese al sólido sustento normativo para la aplicación de los tratados u otros instrumentos de derechos humanos en el derecho venezolano, en un plano constitucional, eventualmente con apoyo en categorías como la del bloque de la constitucionalidad, la Sala Constitucional ha obstruido la apertura de los artículos 22 y 23, y de otras disposiciones de la Constitución (como los artículos 19, 27, 29, 30 y 31), al Derecho internacional de los derechos humanos. En su jurisprudencia ha sobredimensionado el concepto de la soberanía nacional y ello le ha llevado a fijar barreras a la eficacia de los artículos 22 y 23 y a tergiversar su significación. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y su prevalencia, de acuerdo con el principio *pro homine o pro persona*, o de favorabilidad, a tenor del artículo 23 de la Constitución, han sido sustituidas por la primacía de las interpretaciones realizadas por la Sala Constitucional tanto respecto de la Constitución como de esos mismos tratados, con prescindencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Según la jurisprudencia constitucional, los informes o recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) y las sentencias de la Corte IDH solo son aplicables en Venezuela si no contradicen criterios sentados por la Sala Constitucional, correspondiendo a esta última pronunciarse sobre esta compatibilidad. Al respecto, la Sala Constitucional fijó su doctrina sobre la necesidad de un «pasavante» o visto bueno, supeditado a la conformidad con los principios y normas constitucionales, para la eficacia (ejecutabilidad) de decisiones de órganos judiciales internacionales en

el orden interno⁴⁴, lo cual, a su vez, allanaría el camino para los pronunciamientos de la Sala en los que ha declarado inejecutables sentencias de la Corte IDH.

Como es de suponer, con estas premisas era imposible que la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad fuera bien recibida. Sin perjuicio de alguna mención aislada del concepto en su significación jurídico-internacional, la Sala Constitucional lo ha invocado irónicamente como fórmula utilizada para desafiar el dominio sobre la interpretación vinculante en materia de derechos humanos que, a juicio de esa Sala, la Corte IDH ha pretendido asumir. La Sala Constitucional ha llevado a cabo lo que podríamos calificar como un control de convencionalidad a la inversa, es decir, una revisión por la misma Sala de la compatibilidad de las interpretaciones y decisiones de la Corte IDH con el orden constitucional, o con tratados distintos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tal como la Sala Constitucional estima que deben ser interpretados.

La Sala Constitucional ejerció explícitamente este control de convencionalidad a la inversa cuando se atribuyó la competencia para conocer de la «acción innominada de control de constitucionalidad» interpuesta por el procurador general de la República contra la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*⁴⁵. Después de citar párrafos de esta sentencia alusivos al alcance del control de convencionalidad, la Sala Constitucional declaró que «asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre

.....

44 Sentencia de la Sala Constitucional n. 1942, del 15 de Julio de 2003: «En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto este atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal».

45 Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*, (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio»⁴⁶. Nótese que la Sala se refiere a tratados «integrantes del sistema constitucional venezolano», porque con este matiz pretende abonar su postura, evidentemente errónea e interesada, según la cual a ella corresponde fijar los criterios definitivos sobre el significado de esos tratados, de la misma forma en que sucede respecto de cualquier «otra» norma constitucional. Esta facultad interpretativa tendría fundamento en el artículo 335 de la Constitución, conforme al cual las interpretaciones de la Constitución establecidas por dicha Sala son vinculantes para todos los tribunales de la República. Olvida o soslaya la Sala que el valor o rango constitucional de los tratados de derechos humanos no implica que estos pierdan su naturaleza de fuentes de Derecho internacional. Al contrario, siguen siéndolo, y precisamente por eso rige lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en relación con el *principio pacta sunt servanda* y la imposibilidad de invocar disposiciones de Derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que estos contemplan (arts. 26 y 27 de esta Convención).

A partir de esta inversión del control de convencionalidad, convertido en un examen llevado a cabo por la Sala Constitucional para verificar si lo ordenado en una sentencia de la Corte IDH es compatible con el sistema constitucional o con tratados ratificados por Venezuela, según la interpretación que la Sala les atribuya, esta resolvió que la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso citado era inejecutable, pues no satisfacía «un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno» ni se avenía con otras normas previstas en tratados ratificados por Venezuela «como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción». En realidad, ni la Constitución ni estos tratados resultaban contrariados por la sentencia de la Corte IDH, la cual se había limitado a exigir la observancia del artículo 23.2 de la CADH, que solo

.....

46 Sentencia de la Sala Constitucional n° 1547, del 17 de octubre de 2011.

permite la restricción de los derechos políticos, basada en la comisión de una conducta ilícita, cuando exista una «condena, por juez competente, en proceso penal». Esto lo requiere igualmente la Constitución (art. 42) y no contraviene las obligaciones contenidas en las convenciones relativas a la lucha contra la corrupción. El supuesto estándar mínimo de adecuación de lo dispuesto por la Corte IDH al orden constitucional es, más bien, un criterio maximalista de concordancia con las interpretaciones constitucionales de la Sala, que es en sí mismo violatorio del control de convencionalidad y de los deberes estatales que se derivan de la CADH⁴⁷.

Este es solo un episodio de un largo recorrido de desconocimiento por la Sala Constitucional y por el Estado venezolano de recomendaciones o medidas cautelares de la Comisión IDH y de sentencias o medidas provisionales de la Corte IDH⁴⁸. Ya antes esta Sala había declarado inejecutable la sentencia emitida en el caso *Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. *Venezuela*⁴⁹, había solicitado al Poder Ejecutivo denunciar la CADH⁵⁰ y había sentado la objetable doctrina del pasavante como requisito para la ejecución en Venezuela de decisiones de órganos judiciales internacionales. Ello prefiguraba el control de convencionalidad a la inversa comentado. No sería pertinente hacer ahora un recuento de esas violaciones del Derecho internacional y la Constitución. Basta insistir en que el control de convencionalidad no ha podido

.....
47 CASAL, J. M. (2012) «La justicia constitucional en Venezuela y su creciente instrumentalización», en V. Bazán y C. Nash (eds.), *Justicia constitucional, Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*, Bogotá: KAS, pp. 191 y ss.

48 AYALA CORAO, C. (2010): «La doctrina de la inejecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)», en A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac Gregor, Eduardo y A. Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, t. II México: UNAM/Max-Planck-Institut, pp. 85 y ss.

49 Sentencia de la Sala Constitucional n. 1939 del 18 de diciembre de 2008; Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros* («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

50 Sentencia de la Sala Constitucional n. 1939 del 18 de diciembre de 2008.

hallar terreno fértil en el marco institucional autoritario al cual el país ha sido sometido, dentro del cual la Sala Constitucional ha desempeñado un papel protagónico en el desmantelamiento de la democracia y el Estado de Derecho.

